

SG-4

8-26

B.P. de Soria



61113922  
D-1 1406

D-1  
406

Signl. Top.

7E

7E

55PE

4  
89

# RECITACIONES

DEL

13<sup>o</sup> 1895

# DERECHO CIVIL

DE JUAN HEINECIO,

*Traducidas al castellano, anotadas y adicionadas considerablemente*

POR

**D. Luis de Collantes y Bustamante.**



TERCERA EDICION.

BIBLIOTECA TOMO PRIMERO.  
DEL  
INSTITUTO PROVINCIAL



SORIA VALENCIA:

IMPRENTA DE CABRERIZO.

1841.

*Es propiedad de la casa* **DE CABRERIZO.**



# PRÓLOGO.

*De cuantas obras elementales de derecho romano han salido á luz, ninguna ha tenido mas aceptacion, ni es tan á propósito para enseñar á los jóvenes los primeros principios del derecho, como la presente. La claridad con que está escrita, el enlace de sus principios, y la prudente economía con que el autor trata las materias, la dan ventajas indisputables sobre los demas libros de su clase, y justifican el sumo aprecio con que la miran en España los lejislas. En cuanto á la traduccion debo advertir:*

1.º *Que la aplicacion al derecho aleman, que por lo regular hace el autor en el último párrafo de cada título, se ha sustituido con notas, en que se hace una continua comparacion del derecho romano con el nuestro. De esta suerte el principiante, al paso que se entera de aquel, va, por decirlo así, iniciándose en los principios de éste, y preparándose al estudio radical que tiene que hacer de él en adelante. La comparacion inmediata proporciona el que se noten mejor las diferencias y las concordancias.*

2.º *La falta de estudios preparatorios al de la jurisprudencia que he advertido en la mayor parte de los estudiantes, me ha decidido á for-*

mar notas en esta tercera impresion, en las que explico algunos empleos de la magistratura de la antigua Roma, cargos militares, clases en que estaba dividida, modo de reunirse el pueblo para hacer las leyes, y otras cosas pertenecientes al estudio de las antigüedades, cuya explicacion no puede menos de ser útil á los principiantes.

3.<sup>o</sup> El número de los párrafos es en la traduccion el mismo que en el orijinal, sin que se haya alterado el orden de la numeracion; pues á los párrafos del derecho aleman se han sustituido las notas, conservando los números correspondientes. El objeto ha sido evitar á los estudiantes la confusion y embarazo en que sin duda se verian, si tratando de evacuar en la presente traduccion las citas que al tiempo de leer otras obras encontrasen hechas á las Recitaciones, tropezaren en una numeracion nueva, lo cual les obligaria á andar á cada paso con fastidiosas operaciones aritméticas.

4.<sup>o</sup> Algunas voces se han introducido que no se hallarán en nuestros libros de derecho. El empeño de nuestros juriscónsultos y comentaristas en escribir sus obras en latin, hasta el punto de componer comentarios en este idioma á leyes escritas en castellano, es una de las causas de que el diccionario español de la ciencia legal, esté todavía informe é incompleto, y de que para tratar cualquier punto de jurisprudencia sea preciso recurrir al latin, como primordial idioma de las leyes, y fuente de donde emana nuestra lengua. No se estrañará, pues, que no sien-

do esta una obra de literatura, sino de pura instruccion, se haya procurado atender á la exacta expresion de las ideas, usando á este fin de algunas palabras latinas, á las cuales, sin embargo, se ha cuidado de dar un aire castellano, y aun introduciendo alguna nueva, para expresar con mayor brevedad el pensamiento.

5.º En la presente edicion de las *Recitaciones* se ha incluido traducida una disertacion sobre la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento, en la cual se trata esta materia por distintos principios que lo hace *Heinecio*.

6.º Tambien se le han agregado los trece primeros titulos de las antigüedades del mismo *Heinecio*, por las razones espuestas en el lugar correspondiente.

7.º Al frente de todo va un discurso preliminar de un amigo mio, sobre la importancia del derecho romano, para intelijencia del nuestro.

8.º Al fin de las *Recitaciones* latinas suele andar encuadernada una *Delineatio*, ó sea bosquejo histórico del derecho romano, de *Tomasio*, sembrado de espesas notas y citas, ademas de un comentario que le compuso *Hofmano*; lo cual hace su lectura sumamente engorrosa, con grave perjuicio de la claridad. En su lugar se ha puesto en castellano el compendio histórico del mismo derecho, compuesto en frances por *Mr. Dupin*; que al paso de estar escrito con muchisima critica y filosofia, abraza épocas mas recientes que el opúsculo de *Tomasio*; y lo he

*puesto en seguida de la disertacion, segun pide el buen orden de las ideas.*

*Si por lo pronto que se han despachado la primera y segunda impresion de esta obra se ha de juzgar la aceptacion que ha merecido de los estudiantes, para quien esclusivamente se ha escrito, me persuado que esta tercera no desmerecerá de las anteriores.*

## DISCURSO PRELIMINAR

SOBRE LA NECESIDAD DEL ESTUDIO DEL DERECHO ROMANO, POR D. G. M. P.

**P**OCAS cuestiones se pueden ofrecer en el vasto campo de las discusiones legales, que hayan tenido á la vez tantos antagonistas y tantos apasionados como la de la necesidad de estudiar el derecho romano, para ser un buen lejista y consumado jurisconsulto. Hasta mediados del siglo pasado, era opinion jeneralmente recibida, que él debia formar la principal ocupacion del abogado; y al decidirse casi todos por las leyes romanas y por las sentencias de los jurisconsultos de aquella célebre nacion, no se tenian, compraban, ni registraban mas libros que los comentadores de ellas. Los Bártulos y Baldos eran consultados á cada paso, y con mucha mas frecuencia que los escritores de la jurisprudencia nacional. Era tanto el respeto que merecía su doctrina, que llegó á reputarse herejía legal el separarse de sus decisiones. No parezca extraño este proceder y modo de pensar, si se reflexiona que en las primeras y mas célebres universidades de Europa la legislacion de Roma era la única en que se instruía á todos los que concurrían á ellas; y en las de nuestra nacion no hubo ni se enseñó el derecho Real de España hasta hace muy poco tiempo, en que ministros celosos, conociendo la necesidad de una cátedra

para explicar las leyes de nuestra patria, señalaron en los planes de estudios varios años á tan importante ocupacion. Los que habian estudiado y concurrido á Bolonia y demas universidades de Italia y Alemania, trataron siempre de sostener lo que habian oido á sus maestros y profesores, jeneralizando asi una opinion, que quien se separaba de ella era tenido por de cortas luces y alcan- ces en la carrera legal.

Unas ideas tan arraigadas, y un sentir tan comun y jeneral, parece debiera ser perpétuo si las opiniones de los hombres no mudasen á influjo del tiempo, y de otras mil circunstancias que las cambian á cada paso. En todas las cosas los estre- mos son viciosos y reprehensibles, y ellos en lo moral, en lo político, en lo intelectual y en lo ma- terial, causan los trastornos, los extravíos, los sistemas, las quimeras y paradojas que vemos di- seminados en el campo de las ciencias físicas, po- líticas y morales. El hombre cuando no escucha la voz de la filosofía, y sin colocar las cosas bajo el verdadero punto de vista donde debe verlas, se arroja á formar ideas, crear opiniones, erijir axiomas, sin mas mérito ni otro analisis que las primeras impresiones, impulsado de que otros lo sienten asi; pasa con rapidez de un punto á otro, despreciando hoy lo que antes sostenia con efica- cia, y condena y reprueba como error perjudicial la sentencia que ayer clasificaba como dogmática, evidente y de primera demostracion. ¡Cuántas ve- ces persigue casi con la espada en mano el parti- do literario que antes ciego y entusiasta abrazára

sin reflexion! Un ser degradado vagando de contradiccion en contradiccion, y espuesto al viento de mil opuestas opiniones, es el hombre que sin consultar á su razon, antes de decidirse por esta ú la otra, adopta la que ve seguida por la jeneralidad, tan indiscreta como él.

Todo esto ha sucedido entre los partidarios y enemigos absolutos del estudio del derecho romano. Los que le preconizaban como necesario, indispensable, y como la única fuente y segura guía para las decisiones legales, lo proscibieron luego por inútil, inconducente y aun perjudicial, á causa de los errores en que segun su sentir se nutria á la juventud estudiosa al seguir sus máximas. Su odio, oposicion, no se limitó á estos contradictorios y repugnantes desahogos en tales manifestaciones. Quisieron persuadir, al menos con destreza aconsejaron á los monarcas para que aboliesen de las escuelas los años que están señalados para su enseñanza en los reglamentos de estudios. Arrastrados mas bien del torrente de otra opinion contraria que de su íntimo convencimiento, impugnan en la especulativa lo que abrazan en la práctica. Tal es el proceder de los que ahora se dicen antagonistas del derecho romano. Indecisos en varias resoluciones de los diferentes casos con que á todo instante tropiezan, y no pudiendo determinarlos por las leyes del pais á que pertenecen, acuden con confianza á aquel para hallar un suplemento que les ausilie en sus dudas. Entonces es para ellos el santuario mas digno de respeto un lugar, que aun no habia pasado una hora

desde que miraban como profano y sacrilego al acercarse á él.

Al ofrecer al público la presente traduccion de las Recitaciones de Heinecio, se deja conocer desde luego cuan distantes estamos de impugnar este estudio; pero por esto no creemos dar márgen para que de aqui se deduzca que á él solo limitamos el estudio de un jurista, ó que su necesidad sea tan absoluta, que sin él nada se sepa en materia de política y lejislacion. Tan peligroso es abandonar un partido, como abrazar el enteramente contrario. Fijando esta cuestion, y reduciéndola á su verdadero centro para decidirla con la imparcialidad y tino que exige, bien se la puede concebir y resolver en estos términos: en el estado de nuestra lejislacion, y en el de todos los paises de Europa, y aun del Nuevo Mundo, es necesario el estudio de la jurisprudencia romana, para comprenderlas con perfeccion, saber el origen de muchas leyes, los motivos por qué se dictaron, y los casos en que tendrán mejor aplicacion.

Entrando en el exámen y pruebas de esta asercion, si hubiésemos de apoyar nuestro dictámen en autoridades respetables, no se sabe quien pueda citar mas en confirmacion de la utilidad y necesidad, en el sentido que dejamos espuesto, del estudio del derecho romano. Los mas célebres jurisconsultos, los abogados de mayor nombradía, los lejisladores mas sábios acuden á él en sus escritos, defensas, discursos, apoyando sus anunciativas con textos deducidos de aquella lejislacion sabia. Muy pocas naciones hay, aun despues de

los esfuerzos que sus antagonistas han hecho para desterrarle, en que los primeros años de la carrera no se ocupe á la juventud en esplicarle este derecho y su historia. En Alemania, como su derecho civil es una copia del romano, se entregan asídua afición á él, y en todos tiempos han salido de sus escuelas los mejores civilistas y tratadistas filósofos. La Francia, aun despues que organizó su lejislacion bajo un método sencillo, preciso y casi matemático, no descuidó este estudio para formar los célebres abogados que desde el siglo de Luis XIV honran con sus luces á esta nacion. El cuidado ha crecido desde que el inmortal Portalis, al tiempo de la discusion del código civil, decia: que aquel no era mas que las instituciones de Justiniano con algunas adiciones sobre usos y derechos, que en tiempo de los ramanos no se conocieran. Asi es que desde entonces en cuantos planes de educacion dieron sus monarcas á los establecimientos literarios, se exige como indispensable el estudio del derecho romano en los primeros años de la carrera; y eso que en esta nacion era acaso mas indispensable que en otras, en que no se cursa el derecho natural y de jentes como en ella. En los mismos Estados-Unidos de América, en donde hay una lejislacion enteramente nueva, se cursan y estudian simultáneamente las leyes del pais, comparadas con las romanas en unas instituciones formadas al intento sobre ambas jurisprudencias. En las dos naciones que mas descuellan por su saber y riqueza, la Francia é Inglaterra, todos los hombres que han brillado

en sus tribunales , ya como simples abogados , ya como jueces , ya como oradores del rey y defensores de sus leyes , son aquellos de quienes se sabe con certeza que jamás dejaron de la mano el código y las pandectas , con los tratadistas alemanes , que con mas filosofía las explicaron. Los Laimaitres , Patru , Tillemont , Cochin y D'Aguesseau se han hecho inmortales , unos en sus arengas mercuriales , otros en sus discursos parlamentarios , aquellos en sus defensas forenses , y estos en sus sentencias y resoluciones , por las luces con que las adornan y fundan , bebidas en la copiosa fuente del derecho romano. Hoy mismo los Dupin y Delarrumiquiers , deben su crédito y fama oratoria al fondo de nociones y erudicion jurídica , que despues de largos años de desvelos y fatigas han aprendido en el mismo manantial. Como quiera que sea , la voz de los abogados mas acreditados , el sentir razonado de los jurisperitos sólidos y filósofos , y la práctica de todas las naciones , persuaden de consumo la saludable importancia de un estudio , sin el que el abogado queda como manco é imperfecto , careciendo de un recurso necesario para salir con felicidad de mil cuestiones y dudas.

Razones de otra naturaleza mas evidentes y demostrables , que no se deducen de la autoridad comun , persuaden la verdad que vamos demostrando. Estas mismas tienen presentes los principes cuando mandan y prescriben en los reglamentos jenerales de educacion pública que se estudie el derecho romano , señalando varios años y asignaturas para verificarlo , anteponiendo estos

á los demas , como que son las guías para conducir á los jóvenes á que con mas claridad lleguen á comprender el sentido y espíritu de las leyes de su pais. Dígase lo que quiera del derecho romano, á los ojos del hombre reflexivo y meditador siempre será la razon ilustrada en su mayor grado de cultura , reducida á leyes escritas la moral mas pura que el autor de la naturaleza escribió en el corazon del hombre : él es siempre una jurisprudencia universal , los primeros y mas sublimes principios de equidad y justicia , metodizados por una nacion que parece que el cielo la habia criado para dominar eternamente sobre los demas pueblos por su razon y sabiduría. Sus leyes al parecer son aplicables á todos los tiempos , paises y personas, por evanto los sábios formadores de ellas, mas bien cuidaron de fijar en sus códigos los arcanos jenerales de la justicia , que de entrar en minuciosidades y preceptos particulares , que son obra de las circunstancias , de las condiciones y de la diversidad de personas. Todo respira en él aquella elevacion de sabiduría , aquella profundidad de buen sentido , y por decirlo todo en una palabra , aquel espíritu de lejislacion , que fue el carácter propio y singular de los señores del mundo. Como si los grandes destinos de Roma no estuviesen aun cumplidos , todavía reina en toda la tierra por su razon , despues de haber reinado por su autoridad. No se diría en efecto sino que la justicia solo ha revelado sus misterios á los juriscónsultos romanos. Lejisladores , todavía mas que juriscónsultos, unos simples particulares en la obscuridad de una

vida privada, merecieron por la superioridad de sus luces dar leyes á toda su posteridad. Leyes tan estendidas como durables; todas las naciones las consultan aun al presente, y todas reciben de ellas respuestas de eterna verdad. No les basta á los jurisconsultos romanos haber interpretado la ley de las XII tablas y el edicto del pretor; ellos son los mas seguros intérpretes de nuestras mismas leyes; ellos acomodan, por decirlo asi, su jenio á nuestros usos, su razon á nuestras costumbres, y por los principios que nos dan nos sirven de conductores, aun cuando caminamos por una senda desconocida para ellos. Asi se explica con oportunidad sobre la lejislacion de Roma el mas célebre canciller de los franceses.

Las máximas regulares de derecho público, preceptos de economía política y civil, las facultades de los gobernantes, los derechos y prerogativas de los gobernados; el modo de adquirir, aumentar y conservar la propiedad, de comunicarla á sus descendientes, de vindicarla, de trasladarla, de donarla; la seguridad de las personas, sus diversas clases y estados, el órden gradual de magistrados y tribunales; máximas para que administren con rectitud é imparcialidad la justicia; clasificacion exacta de delitos; circunstancias necesarias para conocer cuando son mas ó menos graves; penas determinadas con exactitud aritmética; juicios regulados; acciones sistematizadas; caminos y medios descubiertos para repulsar los daños; librarse de las injurias; en fin, todos los puntos de derecho público y privado, con respecto á po-

testades y á súbditos , que son los dos grandes brazos de la sociedad , se hallan esplicados en el derecho romano. En él están echados los fundamentos para cualquier código civil ; en él existen las bases mas principales del criminal ; máximas para un código de agricultura y para otro de comercio ; como que las naciones mas célebres y comerciantes del orbe siempre decidieron sus asuntos mercantiles por los preceptos de aquella , hasta que crearon nuevos códigos.

Ya hemos dicho , y la historia nos lo confirma , que los romanos llegaron á dominar las demas potencias por sus armas , y como la condicion de todo pueblo conquistador es dar sus leyes y usos al vencido , por esta razon , y porque ellas mismas eran las mejores en el mundo conocido , todos los pueblos que se sometieron á su yugo las adoptaron , rijiéndose y gobernándose por ellas muchos siglos. Identificados ya con esta lejislacion , siendo los usos y costumbres posteriores modelados por ella , los reyes y monarcas al formar los códigos para sus respectivos dominios , tuvieron que vaciarlos en aquellas leyes y en las decisiones de los jurisconsultos del Latio , por las que tanto tiempo habian rejido á sus pueblos. El código de Alonso el Sábio , el de Gustavo , el de Federico II , el de José II , el de Catalina , el de Leopoldo , el de Suecia y Dinamarca , el de Napoleon en tiempo de la república , y el de Luis XVIII en tiempo de la restauracion , bien analizados no son mas que las instituciones de Justiniano. En prueba de esta asercion tenemos

la autoridad del laborioso Coceyo, quien en los comentarios que hizo del de Federico lo ha demostrado hasta la evidencia, lo mismo que Dupin hizo respecto del frances. En igual caso está la nacion inglesa. Prescindiendo de los actos bárbaros y atroces que obscurecen su lejislacion, hijos todos ellos de los siglos de hierro y de obscuridad, todo lo demas que hay en ella de bueno es tomado de los códigos de Roma. En las instituciones que el erudito jurisconsulto Blasthorne ha formado para esplicar las leyes de su pais, y que sirven de texto en las universidades, no hace mas que vaciar la lejislacion romana para apoyar la de su patria; manifestando la concordancia de la una con la otra, y bien cierto, que sin este trabajo no se comprenderia la lejislacion inglesa, esplicada por este jenio singular. Su obra es la que se consulta y aprecia en términos, que se tiene por el primer oráculo en materia de derecho.

Si fuera fácil reducir á los cortos límites que debe abrazar un discurso preliminar, todo lo que puede alegarse para inculcar la necesidad del estudio del derecho romano, bien seguro que podian llenarse algunas pájinas sin temor de incurrir en repeticiones ni vaciedades. ¿Cuanto no pudiéramos estendernos entrando en el analisis particular de las leyes de cada pais, comparándolas con las de Roma? ¿Que demostraciones tan evidentes de la verdad que llevamos sentada al ver que las unas son copias de las otras? El trabajo sería largo é impropio de este lugar; pero seguramente nos elevaria al mayor grado de evidencia

en la materia. Nos convenceríamos que lo mejor que se encuentra en las legislaciones modernas es hijo de aquella en todos los tres puntos que abraza el derecho. Veríamos que hasta el idioma legal no se puede comprender como se carezca de las nociones indicadas: observaríamos que las fórmulas y trámites judiciales son sacadas de aquel derecho, concluyendo por asegurar que la legislación del pueblo romano es la madre de todas las modernas que se conocen. Muy peregrino é ignorante debe ser en la historia el que se atreva, no digo á contrariar, pero ni aun á dudar de unas verdades tan sencillas, y que se palpan por sí mismas. Satisfechos de que el ilustrado jurisconsulto y el abogado filósofo las conocen, hubiéramos evitado hablar de la necesidad de este estudio para los españoles, si han de entender su legislación y sus mas célebres códigos, esperando solo aquella en las palabras con que un ilustre jurisconsulto español, honor de la toga y de la magistratura, forma el elogio mas acabado del derecho de Roma: sábio en sus principios, claro en su método, sencillo en sus aplicaciones, la verdad legal por excelencia, lo mas sublime de la moral y de la razon, que por conocerlo asi el sábio rey de España, todo lo trasladó á su inmortal código... (1).

No obstante, para satisfacer mejor nuestro propósito, se indicarán unas cortas reflexiones, que á la vez acrediten y convengan lo útil que es

(1) Villafañez, discursos sobre el derecho manuscrito.

y aun necesario para los que siguen á la carrera de leyes en España, dedicarse con asiduidad al estudio analítico y filosófico de las leyes romanas. No nos traslademos al tiempo que aquellos conquistadores dominaron á España, en que si no han dado leyes, al menos habian introducido ciertos usos y costumbres, que nunca serian mas que los preceptos de sus leyes civiles. El hombre bajo la ley, en cualquiera sociedad, cuando obra, cuando contrata y cuando ejerce algun acto civil, lo hace segun aquella le prescribe, y no deja de hacer sino lo que ella le prohíbe; por manera, que todos sus actos no son mas que la ley en ejercicio, observándola é infrinjiéndola. No nos detengamos tampoco en el exámen de los demas códigos que han rejido la España antes del célebre de las Partidas, hasta cuyo tiempo este reino bien se puede asegurar que no tuvo lejislacion fija, determinada y jeneral, sino que unas provincias se rejian por unos fueros, otras por otros; por manera, que tantos eran los códigos cuantas eran las provincias ó partes en que estaba dividido el imperio español. Subió al trono aquel rey sábio, llegó aquel tiempo en que la sabiduría ocupaba el solio, la resplandeciente y elara antorcha de la verdad iluminara el real palacio de uno de los mayores monarcas, la justicia sentada al lado del trono presidiera á su consejo, las cámaras y salones imperiales convertidos en academias, donde el juriscónsulto, el filósofo eran igualmente acatados que los magnates y poderosos; esta fue la circunstancia feliz en que se proyectó la redaccion de un códi-

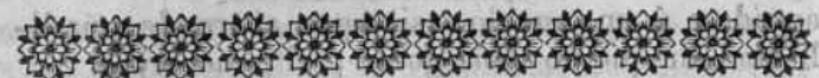
go, uniforme jeneral, y que derogando los anteriores, siguiese y gobernase en todos los dominios españoles, y un rey que naciera para hacerse inmortal y célebre, mas por su sabiduría que por su cetro y corona, echó los fundamentos de tan grandiosa obra, motivo porque la posteridad, las presentes y futuras jeneraciones entonan sin cesar cánticos de gratitud y alabanza á la gloria de un soberano, que domiciliando las ciencias en Castilla, echó los cimientos de la pública felicidad con sus nuevas leyes. Y cómo podrá estudiarse, entenderse y esplicarse este código, digno de los mayores encomios en todos tiempos, que debe durar tantos siglos cuantos haya necesidad de administrar justicia con rectitud? cómo se comprende este código sin haber adquirido antes nociones muy circunstanciadas de las leyes romanas? En todas y cada una de sus partes están copiadas muchas de ellas, y el código que las contiene, en sentir de los mas célebres jurisconsultos españoles, no es mas que las Pandectas. Su inmortal autor, aconsejado por los tribonianos de su reino, quiso coordinar con mano diestra la obra mas perfecta de lejislacion que en aquel tiempo conocieron los reinos, y con que se arrebató la admiracion de todos; pues que en él brillan á la par la justicia, la majestad, la sencillez, la claridad y precision en los oráculos y decisiones civiles y canónicas, apoyadas unas veces en las sentencias de los jurisconsultos romanos, otras en las de los pontífices y concilios, varias y muchas en los dichos de los sábios, filósofos y padres de la iglesia,

según la diversidad de títulos y materias. Por esta ligera observación se colige fácilmente la importancia y necesidad que tienen los jóvenes que se dedican á la carrera de abogados de estudiar el derecho romano, para después comprender sus leyes en el principal de sus cuerpos legales. Sin él, qué entenderá el cursante de leyes cuando le pongan en las manos unas instituciones de su jurisprudencia por la acción pauliana, concedida y consagrada en este código en favor de los acreedores, cuando los deudores venden sus bienes con fraude y dolo de aquellos? Cómo la acción, que en virtud de la ley Falcidia compete al instituido heredero en testamento para deducir la cuarta parte, cuando son muchas las mandas y legados que se han dejado en el testamento, cuya acción de los romanos pasó á nosotros en el *tit. 11 de la Part. 6*? Cómo la cuarta trebeliánica que se concede á los herederos fiduciarios establecida en la *ley 14. tit. 5. Part.*? Cómo la renuncia del senadoconsulto Velejano, para que las mujeres puedan ser fiadoras de sus maridos, que está copiada en nuestras leyes de Toro? Mil casos y pasajes de esta naturaleza se pueden presentar y ofrecer á cada paso en que el joven estudiante se hallará embarazado, si no se ha preparado para estudiar su legislación con el estudio de la romana. En materia de donaciones, de testamentos, de mandas, de codicilos, de legados y herencias, el derecho español es casi una fiel copia del romano, con algunas mutaciones, según sus usos y costumbres. En los fideicomisos, quién no ve una se-

mejanza de nuestros mayorazgos y vinculaciones, pudiendo acomodarse las doctrinas de aquellos á las dudas de estos, en las complicadas cuestiones que el capricho, arbitrariedad, orgullo, ignorancia y mala direccion de los fundadores, suscitan todos los instantes en el foro? Los tratadistas de menos fárrago, y que con alguna claridad han ilustrado la materia, siempre se valen de la doctrina establecida por los emperadores en los fideicomisos.

Algunos antagonistas del derecho romano, mas prudentes que otros, pretenden revelar á los jóvenes de su estudio, presentándoles unas constituciones para las escuelas, filosóficas y mas metódicas que las que tenemos, en que estudien las leyes con nociones sacadas del derecho romano. Prescindiendo de que carecemos de un libro tan necesario como interesante, ni aun en este caso seria inútil el estudio del derecho romano. Los jóvenes, circunscribiéndose á lo que solo habian visto en las instituciones, no sabrian elevarse á las fuentes verdaderas donde tomar el hilo de sus raciocinios y demostraciones jurídicas, ni penetrar el fundamento y motivo de varias leyes; es decir, carecerian de filosofía legal, cuya ciencia sin la menor ponderacion está vinculada á la legislacion romana. Despues de tantos elogios y encomios como llevamos hecho de ella, no se crea se pretende eximirla de defectos. Ciertas manchas obscurecen su brillo en algunas partes. Obra de los hombres, y de hombres constituidos en diversas posiciones, mandados por diferentes autorida-

des, unos días libres, otros esclavos, un siglo bajo cónsules, otro bajo emperadores, preciso es que se resienta de algunos vicios y defectos anejos á las legislaciones de los hombres mas célebres. Por lo demas siempre será un derecho comun, una justicia universal, cuyo estudio no cesaremos de recomendar: y porque en nuestra patria están señalados varios cursos al intento, presentamos traducidas las Recitaciones de Heinecio, cuyo mérito es supérfluo recomendar, despues que de todos es sabida la aceptacion que han tenido las obras de este gran jurisconsulto.



**COMPENDIO HISTÓRICO**  
**DEL**  
**DERECHO ROMANO**

*Desde Rómulo hasta nuestros dias,*

**Por Mr. Dupin.**

---

**CAPITULO I.**

*Derecho Romano en tiempo de los reyes.*

**R**OMA formada , por decirlo asi , por aluvion , y compuesta en su oríjen de una multitud de bandidos , que hacian de ella mas bien una guarida que una ciudad , no tuvo en sus principios ninguna ley escrita.

El uso (1) solamente gobernaba los negocios; y en su defecto se recurria al rey , cuya voluntad , en cierto modo , era una ley viva y animada , *viva ac spirans lex*.

Esta voluntad se manifestaba por *edictos*.

Mas sea que esta forma de gobierno dejenerase desde entonces en arbitrariedad , ó que des-

(1) L'uso é il legislatore il piu ordinario delle nazioni.  
*Beccaria*, §. 42.

agradase á un pueblo , siempre avaro de una libertad de que no sabia gozar , él pidió leyes.

Desde este momento los reyes comenzaron á consultar al pueblo , y el resultado de la voluntad jeneral hacia la ley.

Los reyes mismos debian someterse á su decision , como Tácito lo observa de Servio Tulio: *qui praecepius sanctorum legum fuit , quibus etiam reges obtemperarent.* Annal. lib 3. c. 26.

## CAPITULO II.

### *Derecho romano hasta las XII tablas.*

Despues de la espulsion de los Tarquinos , el poder supremo fue trasferido á dos cónsules, *ne potestas , vel morá , vel solitudine corrumpetur.* Tit. Liv. IV , 2. Por lo demas estos cónsules tenian la misma autoridad que habian ejercido los reyes , diferenciándose únicamente de ellos, *vocabulo , numero , ac diuturnitate dignitatis.*

Bajo este nuevo gobierno las leyes reales conservaron aun por mucho tiempo su vigor ; y Cayo Papirio las reunió en un solo cuerpo , que se llamó del nombre de su autor *Jus Papirianum.* L. 2. §. 2. Dig. de Orig. jur.

Sin embargo , muchas de estas leyes , sin que se vea que hayan sido formalmente derogadas , habian quedado sin fuerza , porque no convenian ya con la nueva forma del gobierno. En su consecuencia fue indispensable que los cónsules , imitando á los reyes , decidiesen con conocimiento de causa todos los puntos no previstos por las leyes. *Dionys. Halicarn. lib. 10. cap. 1.*

Bruto , empero , habia hecho jurar al pueblo

mantenerse eternamente en su libertad, y la máxima fundamental de la república era mirar esta libertad como una cosa inseparable del nombre romano.

Un pueblo nutrido con este espíritu de independencia; digamos mas, un pueblo que se creia nacido para mandar á los otros pueblos, y á quien Virgilio llama por esta razon un pueblo rey, no queria recibir leyes sino de sí mismo.

Así es, que tanto en tiempo de los reyes como bajo los cónsules, los ciudadanos de Roma recobraron el poder legislativo; y después de haber obtenido tribunos, los plebeyos, opuestos siempre al senado, dieron bajo la presidencia de estos magistrados ordenanzas llamadas *Plebiscita*, diferentes de las leyes propiamente dichas *Populiscita*.

Nada fue entonces mas frecuente que ver los plebiscitos en contradicción con los edictos consulares. Cada uno se arrogaba el poder legislativo, los cónsules se lo atribuian, los tribunos lo reclamaban para el pueblo; hasta que al fin uno de estos logró se decidiese que los cónsules observarían tambien en adelante las leyes hechas por el pueblo. *Quod populus in se jus dederit, eo consulem usurum.* Tit. Liv. III. 9.

Para poner un término á tan deplorable conflicto, se acordó, año 300 de Roma, enviar diputados á la Grecia, á fin de que instruyéndose de sus leyes, las compilasen y acomodasen á las costumbres de los romanos.

A la vuelta de estos diputados se crearon los decemvros, cuyo jefe era Apio Claudio; y se les encargó poner en un cuerpo ordenado las leyes que aquellos habian traído.

Los decenviros, auxiliados por Hermodoro, ilustrado desterrado de Efeso, se dedicaron á este trabajo con tanto ardor, que en el año 303 sometieron á la aceptación del pueblo sus leyes, grabadas sobre diez tablas de bronce, á que añadieron poco despues otras dos.

Tales fueron las leyes de las XII tablas, que Tito Livio llama *fons universi publici privatique juris*; y que Ciceron prefiere á todas las bibliotecas de los filósofos, *omnibus omnium philosophorum bibliothecis anteponendum opus*; conjunto admirable de lo mas sábio que tenían las antiguas costumbres de los romanos, y de lo mejor que se habia traído de los griegos: *tum ex graecorum jure tum ex patriis consuetudinibus*. Dionis. Halicarn. X. 66.

Los romanos recibieron estas leyes con entusiasmo, y todos los que se consagraban al estudio de la jurisprudencia, debían aprenderlas literalmente, *tamquam carmen necessarium*. Cic. de leg. 2. 23.

Se aplicaron á interpretarlas los jurisconsultos mas célebres, y S. Cipriano (2. epist. 2.) nos testifica que aun en su tiempo se conservaban íntegras. Sin embargo, esto no impidió su destrucción en la época de irrupción de los bárbaros, existiendo solo en el día algunos fragmentos esparcidos en el Digesto y en algunos autores antiguos, que Jacobo Godefroy ha compilado con inmensa erudición, y enriquecido con excelentes notas.

Sábios hay que aconsejan principiar el estudio de la jurisprudencia por el de estas leyes, que efectivamente nos descubren el orígen de muchas instituciones; pero otros, á cuya opinion sus-

cribo, piensan al contrario, que este estudio no es bueno sino para los que quieran profundizar la ciencia; y de consiguiente que debe decirse al vulgo:

*Procul, ó procul esse, profani!*

### CAPITULO III.

*Derecho romano desde las XII tablas hasta el tiempo de Augusto.*

Los romanos gozaban ya de aquel código que tanto habian apetecido; pero el impulso estaba dado: la lucha del senado y el pueblo se renovaba todos los dias; y era imposible que las leyes dejasen de resentirse de este desórden. Cuanto mas hablaban los legisladores, mas mudas estaban las leyes; las cuales se multiplicaron á lo infinito, y desde entonces pudo decirse: *corruptissimá republicá plurimae leges.* Tacit. *Annal.* III. 27.

Los majistrados plebeyos intentaron muchas veces despojar á los patricios, no solamente de sus honores, sino de sus bienes: los patricios, por su parte, sostuvieron que los plebiscitos no les eran obligatorios. De aqui aquellos celos furiosos entre el senado y el pueblo, entre patricios y plebeyos; los unos alegando que la libertad escesiva se destruye al fin por sí misma; y los otros, temiendo por el contrario que la autoridad, que por su naturaleza es siempre progresiva, no dejenerase por último en tiranía. De aqui aquellas retiradas de los plebeyos sobre el monte Aventino y el Janículo; y aquella transaccion política que sometió los patricios á la autoridad de los plebísci-

tos; *ut plebiscita omnes Quirites tenerent*. Aulus Gellius, *Noct. Att. l. 15. cap. 27.*

Desde este momento los plebiscitos tuvieron fuerza de ley; no obstante, quedaban aun al senado medios con que dominar al pueblo.

Apenas se habian promulgado las XII tablas, cuando los patricios imaginaron *fórmulas*, sin las que no podia regularmente entablarse accion ninguna. L. 2. §. 6. *D. de orig. jur.* Añadieron luego la distincion de dias *útiles ó fastos*, en que se podia trabajar; y los dias *feriados ó nefastos*, en que habia prohibicion de hacerlo; con cuya mezcla de sutileza y de supersticion, formaron lo que ellos llamaban *legis actiones*.

De este modo concentraron en sus manos el conocimiento absoluto de los asuntos contenciosos; y bajo las apariencias del derecho de patronato, que se arrogaban como un atributo de su casta, adquiriendo una inmensa autoridad.

Se conoce por lo mismo el interes que debian tener en ocultar al pueblo la vista de esta nueva cadena; pero hácia el año 449 perdieron esta ventaja. Cn. Flavio, que era el secretario ó amanuense de Apio Claudio el ciego, pudo sorprenderle estas fórmulas: se las robó, y reuniéndolas en un cuerpo, las puso en noticia del pueblo, que en recompensa le condecoró con el título de *Edil*. Y esta coleccion de fórmulas se llamó *Jus Flavianum*.

En vano trataron los patricios de recobrar su autoridad, estableciendo otras fórmulas: su secreto fue nuevamente descubierto y divulgado por S. Elio Cato, cuya compilacion tomó el nombre de *Jus Elianum*.

A pesar de todo esto, los patricios conservaban

aun en sus manos dos armas poderosas: *Interpretatio*, et *disputatio fori*.

Las leyes de las XII tablas habian sido escritas con mucha concision: *eleganti, atque absolutá brevitare verborum*, Gellius, lib. 20. cap. 1. Decian mucho en pocas palabras, pero no lo decian todo. Asi los patricios, por medio de las interpretaciones que forjaban, sacaban de ellas por via de induccion decisiones nuevas que no resultaban siempre del texto; y de aqui provino que no solamente se les llamaba *intérpretes*, sino tambien *autores y conditores juris*. Cujac. *obs.* VII, 25.

Sucedia á veces que los jurisconsultos no estaban de acuerdo con estas interpretaciones; y entonces se reunian ó en el foro, ó cerca del templo de Apolo, á discutir las cuestiones sobre que disentan, formando el resultado de sus conferencias una decision denominada *recepta sententia*. De estas resoluciones hablan las leyes cuando dicen: *Post magnas varietates obtinuerat.* (L. ult. Dig. de leg.; l. 32. Dig. de Obligat.) *Ex disputatione fori veni...* (Ascan. Paedian. in Verrin. 3); *Jus consensu receptum...* (Inst. de Adq. per adrog.); *Jus commentitium...* (L. 20. Dig. de Poenis).

Los patricios, que como se ha dicho, ejercian esclusivamente la profesion de jurisconsultos, se guardaban bien de iniciar á los plebeyos en los misterios de su arte: *in latenti jus civile retinere cogitabant, solumque consultatoribus potius quam discere volentibus se praestabant*. Pero Tiberio Caruncanio, que no aprobaba semejantes arterías, enseñó públicamente esta ciencia, hasta entonces misteriosa, haciendo por un rasgo de su jenerosidad que la jurisprudencia no fuese por mas tiem-

po el patrimonio especial de los patricios. Cualquiera, pues, podia ser jurisconsulto, pudiendo desde entonces decirse con verdad:

*Tamen imá plebe quiritem*

*Facundum inveniens: solet hic defendere causas*

*Nobilis indocti: veniet de plebe togatá,*

*Qui juris nodos ac legum aenigmata solvat.*

*Juv. VII. 47.*

A ejemplo de los reyes, los cónsules se habian puesto en posesion de decidir todos los casos no previstos por les leyes. *Dionis. Halic. X. 1.* Mas cuando enteramente dedicados á los negocios de la guerra, se vieron en la necesidad de abandonar los demas asuntos civiles al cuidado de los diversos majistrados que se habian creado para suplirles, entonces se observó que éstos majistrados, y particularmente los pretores, daban edictos sobre los diferentes ramos de administracion que se les habia confiado.

La razon en efecto era siempre la misma; pues si todo debe callar cuando habla la ley, tambien cuando ella enmudece los majistrados deben suplir su silencio, decidiendo por edictos especiales las cuestiones y casos particulares que no ha sido posible al lejislador comprender en la regla jeneral que estableció: *oportet leges dominas esse, si sint rectè scriptae; majistratus autem edicere debet de illis de quibus leges exquisitè aliquid decernere nequeant, eòquod non facile sit sermone generali singulos casus comprehendere.* *Arist. Polit. III. 11.*

Los edictos de los pretores eran de muchas clases: unos llamados *repentina*, que eran los que se daban al instante y como de improviso en los

casos que ocurrian. Otros eran dados *ad perpetuam jurisdictionem*, y se estendian á todo el tiempo (1) que debia durar la magistratura. Entre estos últimos se llamaban *translatitia* los que el nuevo pretor conservaba de su antecesor; y *nova* los que el nuevo pretor añadía de *suo* al edicto antiguo; porque cada pretor al entrar en el ejercicio de sus funciones, subía á la tribuna de las arenas, y declaraba (*edicebat*) las reglas que seguiría para la administracion de justicia. Este edicto se ponía despues por escrito inmediatamente *in albo*.

Los edictos no tenían de ordinario mas objeto que ayudar á la letra de las leyes, y suplirlas ó corregirlas; *siebant adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia. L. 7. §. 1. Dig. de Justit. et jur.* Por lo demas no era permitido á los pretores mudar directamente la ley, aunque siempre conseguían infringirla, al menos *indirectamente*, con el auxilio de sus ficciones.

Hay mas: no solo cometían de esta suerte atentados contra las leyes del estado, sino que tampoco hacían escrupulo de innovar su propio edicto en el discurso del año; abandonándose á estas innovaciones con tanta mayor lijereza, cuanto que hallaban en ellas un medio seguro para favorecer á sus amigos y vejar á sus enemigos: *hoc faciebant plerumque in gratiam odiumque certorum hominum.* Dion Cass. lib. 36.

Para poner fin á estos abusos no se encontró otro medio que reclamar la observancia de aquel

(1) Es decir, un año; y por esto Ciceron en su segunda Verrina, n. 42, llama al edicto del pretor «*lex annua cui finem adferant kalendae januariae.*»

edicto célebre: *Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.* No obstante, esta barrera parecia aun muy débil; y en el año 585 de Roma se estableció un senadoconsulto, que fue convertido en ley al año siguiente, para que los pretores administrasen justicia, durante el periodo de su magistratura, en conformidad á los edictos que hubiesen promulgado al entrar en sus destinos: *ut praetores ex edictis suis perpetuis (id est, per totum annum mansuris) jus dicerent;* ó (como dice Dion Cassio, lib. 36) *ut et statim praetores principio edicerent quo jure essent usuri, et deinde nequaquam ab eo deflecterent.*

Desde entonces el derecho pretorio *Jus honorarium*, fue mas permanente; no se mudó ya sin necesidad, y los edictos de los antiguos pretores, casi siempre conservados por sus sucesores, formaron despues un cuerpo tan respetable de resoluciones, que se juzgaba en tiempo de Ciceron que en el edicto del pretor, y no en las XII tablas, era donde debia buscarse la verdadera inteligencia de las leyes: *à praeoris edicto, non à XII tabulis, hauriendam juris disciplinam.* De legib. lib. 1. c. 5.

En esta época, pues, el derecho romano comprendia *plebiscita legis actiones, jus civile ex interpretatione prudentum, et fori disputatione ortum, et edicta magistratum.*

Con el estudio de estas leyes se formaron una multitud de ilustres jurisconsultos, cuyos trabajos enriquecieron tambien á su vez las leyes con notas y comentarios. Entonces no hay duda ninguna que la ciencia del derecho se cultivaba con esmero; y para dar una idea de ello, antes de llegar al siglo de Augusto, manifestaremos en pocas palabras

con qué estudios se preparaba la juventud para entrar en el de la jurisprudencia.

Desde las guerras púnicas, en cuya época las letras y las bellas artes comenzaron á ser honradas en Roma, los jóvenes empleaban sus primeros años en el estudio del griego, pasaban luego al de la gramática, retórica, etc. Y cuando habian llegado ya á la edad de tomar la toga viril, se preparaban á los combates de la tribuna, donde á poco tiempo solian presentarse al lado de algun célebre personaje. Otras veces principiaban sus estudios viajando á Atenas, Rodas, Mitilena ó Marsella, para perfeccionarse en estas ciudades, lejos de los placeres y de la corrupcion de Roma; ó bien seguian la carrera de las armas, sin que por esto los ejercicios militares les impidiesen entregarse á la cultura de las letras y de las artes. *Vell. Pat. I. 13, Suet. in Caesar. 36.: in August. 84.*

En cuanto á los que se consagraban al estudio de la jurisprudencia, trataban desde luego de instruirse en los principios de la filosofía, prefiriendo por lo jeneral la de los estóicos. Despues tomaban por modelo á algun sábio jurisconsulto, bajo cuya direccion aprendian á consultar y á litigar, observando siempre en sus trabajos el método con que aquel ejercia la profesion. Preparados de esta suerte, y cuando al cabo de cierto tiempo se creian ya con fuerzas bastantes para volar con sus propias alas, *cum studiorum habebant fiduciam*, ponian su estudio á parte y se dirijian solos; siendo digno de advertirse que entonces no habia necesidad de recurrir á ningun tribunal ni corporacion para tomar el título de jurisconsulto.

## CAPITULO IV.

*Derecho romano desde Augusto hasta Constantino.*

La república romana no dejeneró en monarquía, ni bajo la dictadura de Cesar, que no fue de larga duracion, ni tampoco inmediatamente despues de su muerte. Esta revolucion no se verificó hasta el año 722 de Roma, en el cuarto consulado de Octavio y de M. Licinio Craso.

En esta época Bruto y Casio estaban derrotados; la república carecia de ejércitos; el partido de Pompeyo habia sido destruido en Sicilia; Lépido estaba separado del gobierno; Antonio habia muerto, y el partido mismo de Cesar no reconocia otro jefe sino Octavio. Este dejó el título de triumviro, portándose en lo sucesivo como cónsul, y contentándose en agregar á este título el poder tribunicio, que únicamente afectaba querer conservar para defensa de los plebeyos.

Mas cuando con sus liberalidades logró ganar el ejército, enervar á Roma con una inmensa abundancia, y cuando consiguió que todas las clases del estado estuviesen como embriagadas en los placeres y el reposo, entonces se le vió engrandecerse poco á poco, arrogándose las facultades del senado, la jurisdiccion de los majistrados, y hasta el poder de las leyes, sin que hubiese nadie que se atreviera á oponérsele, *nullo adversante* (1).

(1) Potsquam Bruto et Cassio caessis, nulla jam publica arma, Pompeyus apud Siciliam oppressus, exutoque Lepido: interfecto Antonio, ne Julianis quidem partibus,

Es constante que este nuevo órden de cosas, introduciendo nuevas costumbres habia de exijir tambien nuevas instituciones; pues las leyes del anterior gobierno no eran ya enteramente compatibles con el que le habia subseguido. Por lo mismo Augusto, el mas político de todos los príncipes, puso el mayor cuidado en acomodar el derecho romano á la constitucion actual, y en dar á los romanos una legislacion *vincular*.

Seguramente no hacia en esto mas que imitar á Cesar, quien, segun refiere Suetonio (1), tambien quiso dar nueva forma al derecho civil, reuniendo en un pequeño número de libros lo mejor y mas esencial que pudiera estraerse del cúmulo enorme de leyes antiguas. Su muerte prematura le impidió ejecutar este proyecto; pero Augusto lo realizó tan luego como sus reiteradas empresas y la fuerza de las circunstancias introdujeron insensiblemente la necesidad del gobierno de uno solo: *Quando per partes evenerat, ut necesse esset Reipublicae per unum consuli. L. 2. §. 11. Dig. de orig. jur.*

Sin embargo, como á Cesar le habia salido muy mal el haber afectado demasiado pronto su poder supremo; y como por separado, su muerte

*dux, nisi Caesar reliquus; hic posito Triumviri nomine, Consulem se ferens, et ad tuendam plebem tribunatio jure contentum, ubi militem donis, populum annonâ, cunctos dulcedine otii pellexit, insurgere paulatim, munia Senatus, magistratuum, legum, in se trahere cæpit, nullo adversante. Tacit. Annal l. 2.*

(1) Jus civile ad certum modum redigere, atque ex immensâ diffusâque legum copia, optima quaeque ac necessaria in paucissimos conferre libros voluit. *Suet. in Jul. c. 14.*

sangrienta daba todavía pruebas é instrucciones bastantes á su sucesor para que conociese lo difícil que debia ser conservar un imperio conquistado por la fuerza, en medio de un pais libre (1); Augusto mas diestro supo conducirse con tal habilidad y prudencia, que usó del mando con buen éxito y á medida de sus deseos.

Efectivamente, finjió dejar al senado la misma autoridad que tenia antes, no hizo variacion ninguna en los títulos de los majistrados, y les conservó todas sus insignias y distintivos, para encubrir mejor sus dolosos designios. Los cónsules continuaban marchando precedidos de haces como en tiempo de la república, y aun Augusto se aplicó varias veces este imponente dictado. En Roma se veian los pretores, los ediles, los tribunos, los cuestores, y el pueblo no temía por su república. Pero el príncipe habia sabido reconcentrar en sus manos los diferentes poderes que intervenian en los cargos de mayor influencia; y aunque los nombres eran los mismos, *eadem magistratuum vocabula*, el antiguo espíritu nacional estaba completamente destruido; *nihil usquam prisci atque integri moris supererat*. Tacit. *Annal. lib. 1. c. 3. y 4.*

Los ciudadanos por lo jeneral concieron tanto menos el trastorno de la república, quanto que Augusto tenia la política de no mandar cosa alguna por sí, y consultaba al pueblo cuando trataba de establecer leyes: *Veritus, ne si subitò homines in alium deducere statum cuperet, res ea sibi pa-*

(1) Cum in aliis plerisque, tum in hoc quoque cum Romanis, tamquam cum hominibus liberis agebat. *Dion Cass. lib. 55.*

*rum esset succesura.* Dion Cass., lib. 53. Mas cuando este, corrompido con las distribuciones copiosas que Augusto le habia hecho de víveres y dinero, y cuando solo pensaba en tener pan y juegos, *panem et circenses*, renunció en su favor las prerogativas mas esenciales á la gloria de los romanos: *ei, et in eum omne suum imperium potestatemque contulit.* L. 2. §. 11. Dig. de orig. jur.

Tambien el senado no se descuidó en desembarazarle de todas las trabas, eximiéndole por su parte de la sujecion á las leyes, y revistiéndole de atribuciones soberanas para hacer lo que quisiera (1), y no otra cosa: *in ejus acta juravit, eumque solvit legibus, et decrevit ut summo cum jure, omninoque et sui et legum potens, quae vellet faceret, et eorum que nollet faceret nihil.* Dion Cass., lib. 53.

He aqui lo que los autores del Dijesto llaman *legem regiam* (L. 1. pr. Dig. de const. princ.); *Augustum privilegium* (L. 1. §. 14. Dig. de ead. toll.); *legem Augusti* (L. 14. Dig. de manum.); *legem imperii* (L. 3. de testam.); y esta ley no es otra cosa que una recapitulacion de los diversos senadoconsultos hechos en honor de Augusto, y por su interes.

Revestido, pues, de todas las magistraturas, aparentaba usar únicamente del derecho que estas conferian. De consiguiente, cuando ordenaba

(1) Opóngase á esta bajeza aquel bello pasaje de Daguesseau, tomo 1.<sup>o</sup>, p. 7. Las mas nobles imágenes de la divinidad, los reyes, que llama la escritura los dioses de la tierra, no son nunca mas grandes que cuando someten toda su grandeza á la justicia, y cuando añaden al título de señores del mundo el de esclavos de la ley.

publicar algun edicto para las provincias, lo hacia como *proconsul*; en la ciudad obraba en *virtud del poder tribunicio*; en el ejército *tamquam imperator*, y en materias de relijion *tamquam pontifex maximus*. De esta manera parecia que todo marchaba por su órden regular.

Creó despues nuevas dignidades, para ir disminuyendo el brillo de las antiguas, y para que, multiplicadas las criaturas de su poder, fuesen mas los interesados en sostenerle.

Ultimamente Augusto, que conocia cuanto podia temerse de la influencia de los jurisconsultos, supo discurrir tambien un medio para sacar de ellos una grande utilidad. Por lo mismo hizo los mayores esfuerzos para ganarlos y servirse de su reputacion, ya para barrenar la autoridad de los pretores, ya para dar á la lejislacion el jiro que le convenia. A este fin restrinjó el ejercicio de la profesion (que antes era libre y permitida á todos) únicamente á aquellos que él juzgase dignos del honor de ser jurisconsultos, dando tanta fuerza á sus respuestas, que los jueces debian conformarse con ellas. *L. 2. §. 47. Dig. de orig. jur.*

Entonces fue cuando los jurisconsultos principiaron á firmar sus respuestas ó consultas, y á poner su nombre al pie de sus obras. *Senec. de Benefic. 7. 16. l. 2. §. 47. Dig. de orig. jur.* Y he aqui como logró Augusto hacerles de su partido; á escepcion sin embargo del insigne Labeon (el mas sábio y famoso entre todos los jurisconsultos de aquel tiempo), á quien los elojios del mas severo de los historiadores verídicos vindicaron bastante de los sarcasmos del mas bajo de los poetas cortesanos.

Su indiferencia á los honores que le ofrecia

Augusto, hizo nacer entre los jurisconsultos dos sectas, cuyos principios eran distintos en muchos puntos. Ateyo Capito, jefe de una, sostenia escrupulosamente cuanto se le habia enseñado; y Labeon, al contrario, libre por su carácter, lleno

*Nullius assuetus jurare in verba magistri,*

de confianza en su doctrina, y por otra parte adornado de una multitud de bellos conocimientos, dió á luz opiniones enteramente nuevas. *L. 2. §. 47. Dig. de orig. jur.*

Este ha sido el estado de la jurisprudencia en tiempo de Augusto.

Tiberio su sucesor, el mas desconfiado de los tiranos, practicó todos los artificios de su antecesor; y rico ya con los descubrimientos y experiencia de Augusto, los fortificó con los nuevos medios que su jenio pudo inspirarle. Asi en el principio de su reinado usó de la política y de la deferencia; y mientras pudo tener á Jermánico incierto de su poder (*ambiguus imperanti*), no hizo ley alguna, ni publicó un solo edicto sin consultar al senado, ó sin cubrirse con el velo de la potestad tribunicia. Mas tan luego como tiñó sus manos con la sangre de este jóven príncipe, á quien tanto temía por sus virtudes, sus raras cualidades y el amor de los romanos, arrojó la máscara, y pensando únicamente en hacerse temible, persiguió encarnizado á los autores de los discursos mas leves contra él ó contra los suyos. Era su divisa, *oderint dum metuant.*

Es verdad que Tiberio, á ejemplo de Augusto, toleró que el pueblo continuase reuniéndose por centurias ó por tribus; pero á poco tiempo,

so pretesto de que el gran número de ciudadanos hacia muy difícil su convocación, transfirió al senado todos los derechos de los comicios. Entonces fue cuando el príncipe pudo llegar á ser déspota impunemente: el senado le estaba adicto con tal baja, que ninguno de sus miembros hubiera tenido valor para contrariarle en lo más mínimo, y sobre todo en una época en que ya no se daban los sufragios por escrutinio, como en las antiguas asambleas del Campo de Marte ó del Foro, sino que cada uno debía votar en alta voz á presencia del César, quien, Júpiter de sus esclavos, *cuncta supercilio movebat*.

Desde este momento el poder legislativo solo residia en el pueblo idealmente; pues aunque cuando los emperadores querian establecer alguna ley, cuidaban de proponerla al senado *per suos quaestores candidatos*, este nunca dejaba de hacer un senadoconsulto (1) á su satisfacción y bajo su acuerdo; siendo por consiguiente el senado en las circunstancias peligrosas un escudo con que se cubrían los emperadores contra los tiros del odio popular.

La jurisprudencia nada debe al sucesor de Tiberio. Este monstruo, que no tenia de humano más que la figura, llevó su extravagancia hasta el extremo de hacer nombrar cónsul á su caballo. No es, pues, maravilla que hubiese tratado de extinguir la ilustre orden de los jurisconsultos, y que aspirase á no dar por ley sino sus caprichos (2). Por fortuna fue tan corta su tiranía,

(1) Id pro lege erat, et senatusconsultus dicebatur. Tacit. Ann. VI. 12.

(2) De juris quoque consultis quasi scientiae eorum om-

que no tuvo tiempo para ejecutar sus odiosos designios.

Claudio, inmediato sucesor del trono, abolió todas las constituciones (1) de su antecesor, y por lo mismo nada se ve en el cuerpo del derecho que nos recuerde la autoridad absoluta de Calígula.

Bajo el imperio de Adriano la jurisprudencia se perfecciona. Imitador de Numa, pretende dar leyes á su pueblo, y con este objeto ordena la confección del *Edicto perpétuo*. Esta obra importante fue confiada al jurisconsulto Salvio Juliano, que se hallaba entonces de pretor.

El fin del edicto perpétuo era reunir en un volumen todos los edictos anuales de los antiguos pretores; sin embargo, Juliano no se contentó precisamente con compilarlos, sino que en las ocasiones y lugares que le parecía oportuno, insertó decisiones nuevas, y suprimió otras como ya anticuadas, ó las adoptó bajo ciertas modificaciones. Concluido este trabajo, Adriano lo presentó al senado, quien lo aprobó sin dificultad por medio de un senadoconsulto.

Ha sido tal la autoridad de este edicto, que desde su publicacion hizo la regla fija é invariable del derecho, y por esto se le llamó *Edicto*

*nem usum aboliturus saepe jactavit, se effecturum ne quid respondere possint, praeter eum (alii legunt, praeter equum). Suet. in Calig. c. 34.*

(1) El mas célebre de los decretos de Claudio es el que permite al tio casarse con su sobrina *filiam fratris*. Y en virtud de este decreto, confirmado por un senadoconsulto, pudo reemplazar la adúltera Mesalina con Agripina incestuosa. « Talia enim conjugia ad id tempus incesta habebantur, » Suet. in Claud. 26. Tacit. Ann. 12. 6.

*perpétuo*. Aul. Gell. 10. 15. En las provincias fue recibido con la misma aceptación que en Roma; pero con esta diferencia, que en Roma era dominado *praetorium*, *urbanum*, *urbicum*; y en las provincias *provinciale*.

Desde la promulgación de este edicto, no solamente los magistrados no permitieren introducir un derecho nuevo, sino que los príncipes mismos se lisonjaban en proclamar que á nadie era lícito derogarle (*L. 13. C. de testam.*); que sería un absurdo apartarse de sus disposiciones (*L. 2. C. de condit. insert.*); y que en vano se reclamaria lo contrario (*L. 2. C. de succes. edict.*); que se tendría por temerario el que solicitase eximirse de las penas establecidas en este edicto (*L. 2. C. de in jus vocando*); que nada debía esperarse del príncipe cuando se le pidiesen cosas opuestas á derecho. (*L. 1. C. Hemog. de calumn.*) En fin, Paulo nos dice que ni aun había necesidad de apelar de las circunstancias que contuviesen una violación del edicto (*L. 7. §. 1. Dig. de appel. recip. vel non*).

Este nuevo código produjo una mudanza extraordinaria en el estudio del derecho. En vez de principiarse aprendiendo las leyes de las XII tablas, ó el edicto anual del pretor, fue menester hacerlo por el estudio del edicto perpétuo; el cual no tardó tampoco mucho en llegar á ser, lo mismo que los otros cuerpos de legislación, el objeto y asunto de infinitos comentarios de los jurisconsultos.

Adriano introdujo la gran novedad de hacer libre la profesión de la jurisprudencia, como era antes de Augusto, y concedió el derecho de consultar á todo el que *fiduciam sui haberet*. *L. II. §. ult. Dig. de orig. jur.*

Por último, bajo el imperio de Adriano, es innegable que la legislación tomó decididamente otra nueva forma; pues si los emperadores habían procurado siempre, hasta entonces, hacer confirmar sus edictos por medio de algún senadoconsulto, después no vacilaron mandar con su propia autoridad, y sin que constase siquiera el requisito de la consulta, pudiendo decirse por lo mismo con toda verdad: *Roma est ubi imperator est.* Herodian., *hist. lib. I. c. VI.*

Desde este tiempo las constituciones de los emperadores se llamaron indiferentemente *constitutiones, edicta, decreta, interlocutiones, rescripta, cet.* (1).

En el reinado de los otros emperadores hasta Diocleciano, es evidente que florecieron bastantes jurisconsultos, a pesar de los horrores de las revoluciones públicas, y de las catástrofes de los Césares. Después fue perdiéndose poco á poco la afición á esta ciencia, sin que hubiese ninguno que pensase en lo sucesivo restituirle su lustre y honor. Es cierto que algunos profesores enseñaban aun en Roma y en Constantinopla la jurisprudencia; pero sus esfuerzos no fueron suficientes para propagar las luces fuera de estas ciudades; por cuya razón se queja Lactancio de que entonces no existía ya ni elocuencia, ni abogados, ni jurisconsultos: *Extinctam esse eloquentiam, cau-*

(1) Maerino, competidor de Heliogábalo, concibió el proyecto siguiente: «*Omnia rescripta veterum principum tollere statuit, nefas esse dicens, leges videri Commodi et Caracallae hominum imperitorum voluntates, quum Trajanus nunquam libelis responderit, ne ad alias causas facta proferrentur, quae viderentur ad gratiam composita.*» Jul. *cap. in Macrin. c. 13.*

*sidicos sublato, jurisconsultos aut necatos aut relegatos. Lact. de mort. persec. c. 22.*

## CAPITULO V.

*Derecho romano desde Constantino hasta Justiniano.*

La introduccion del cristianismo en el imperio romano y la conversion de Constantino, debieron producir en la jurisprudencia varias innovaciones. Con efecto, es menester atribuir á esta causa las leyes de este emperador, relativas á la permission de hacer donaciones á las iglesias (*Lib. 1. c. de sacr. eccles*); la supresion de los combates de los gladiadores (*L. un. c. de gladiat*); la obligacion de celebrar el domingo (*L. 3. c. de feriis*); y otras muchas leyes acomodadas al cristianismo, que hicieron decir: *Quod novas leges regendis moribus et frangendis vitis constituerit, veterum calumniosas ambages resciderit, haecque captandae simplicitatis laqueos perdiderint. Nazarius, in panegy. c. 38.*

Bajo este emperador la jurisprudencia tuvo nueva vida, y se distinguieron tambien algunos sábios jurisconsultos, tales como Hermojeniano, Charisio y Julio Aquila.

No obstante, lo que hizo brillar mas esta ciencia fue la institucion de las escuelas de derecho, entre las que sobresalian con especialidad las de Berito, Roma y Constantinopla. Estas adquirieron tanto favor y proteccion, que Justiniano para conservarlas en todo su esplendor, les concedió el privilegio esclusivo de enseñar el derecho públicamente, haciendo ademas cerrar otras rivales que acababan de abrirse en Alejandría y en Cesarea.

La de Berito era sin contradicción la mas antigua y floreciente; pues Gregorio Taumaturgo ya la llamaba en el año 248, *Urbem plane romanum, et legum romanorum scholà ornatam*. Igualmente Diocleciano y Maximiano, que vivieron en el siglo tercero, hablan de esta escuela con elogio en la *ley 1. c. qui aetate vel profes excus*. En el siglo cuarto era tanta la concurrencia de discípulos, que Libanio (*orat. 26.*) sentia el que los jóvenes abandonasen el estudio de la elocuencia, consagrándose esclusivamente al del derecho.

En vano, pues, esta ciudad ha sido destruida (poco más ó menos hácia esta época) por un horrible terremoto; bien pronto salió de sus ruinas mas brillante y hermosa de lo que era anteriormente. Con efecto, Nono, que escribia en el siglo quinto, aplaudiendo el celo con que se estudiaba en Berito, llama á esta ciudad *matrem legum*; asi como Justiniano en el siglo sexto la denomina: *civitas legum veneranda, et splendida metropolis, et legum nutrix*. Otros escritores elojian tambien la numerosa y continúa asistencia de los oyentes, y la profunda doctrina de los profesores; entre los que se distinguian entonces con especialidad Doroteo y Teófilo, de quienes despues se sirvió Justiniano para la formacion de su cuerpo del derecho.

Pero tanta belleza no podia durar siempre: esta ciudad tan ilustre como desgraciada, fue por segunda vez víctima de un nuevo temblor de tierra; y un incendio que le sobrevino en seguida acabó de desolarla, desalentando enteramente los esfuerzos que sus malhadados habitantes hacian para reedificarla.

Volvamos empero á Constantino, y notemos

desde luego que las modificaciones que hizo en la legislación romana, no tuvieron solo por objeto las leyes civiles, sino tambien el *derecho público*; pues dividió su imperio en cuatro grandes gobiernos ó prefecturas pretorianas. Sobre todo merece atención la traslación que hizo de su silla imperial á Constantinopla, cuyo suceso seguramente facilitó á los pontífices su dominacion en Roma; y por otra parte abrió el occidente á los bárbaros, que estaban ya preparándose para derramarse como un torrente sobre las mas ricas provincias del imperio romano.

Sin embargo, nada desagradó tanto á los jurisconsultos de aquel tiempo, como las variaciones que Constantino hacía á cada paso en las leyes de sus predecesores, y el proyecto que anunció de roformar el derecho antiguo, á que todos estaban acostumbrados. Por lo mismo, temiendo los jurisconsultos que pereziesen ó cayesen en desuso las constituciones publicadas desde Adriano, trabajaron en reunir las en diferentes códigos, con la esperanza bien fundada de que así podrian disputarlas al tiempo y salvarlas del olvido.

Fue, pues, Gregorio ó Gregoriano el primer compilador de las constituciones que rijieron desde Adriano hasta Constantino, habiéndolas clasificado con distintos títulos; y su compilacion, aunque obra de particular, goza no obstante de grande autoridad.

Hermojeniano emprendió poco despues hacer un código, que parece ser solamente un extracto del anterior; y en él reunió con mucha exactitud las constituciones de Diocleciano y sus cólegas.

De estas dos colecciones no se conservan mas que unos pequeños fragmentos.

Los hijos de Constantino, siguiendo el plan de su padre, trabajaron con el mayor empeño en simplificar la jurisprudencia, y en favorecer la religión cristiana que acababan de abrazar. Pero muy pronto Juliado (el apóstata), lleno de otras ideas, trastornó cuanto aquellos habian establecido, poniendo ademas en tal descrédito la ciencia de las leyes, que dejaron de estudiarla los hombres libres, y la abandonaron á los libertos (1).

Por fortuna su reinado fue corto; y los emperadores que le sucedieron hasta Teodosio el Grande, adoptaron el sistema de Constantino, y se esforzaron en hacer desaparecer todas las dificultades del derecho antiguo; aunque á la verdad, multiplicadas sus constituciones hasta lo infinito, y agregándose á las obras de los jurisconsultos que tenian autoridad en el foro (2), hicieron de la jurisprudencia un laberinto inestricable.

Teodosio el jóven y Valentiniano creyeron hallar el remedio de este mal, estableciendo (año 426) que no pudiesen citarse sino las obras de Papiniano, Paulo, Cayo, Ulpiano y Modestino; y que en vista de sus opiniones se decidiesen las causas, prevaleciendo siempre el mayor número, y caso de empate ó de igualdad de autoridades en pro y en contra, se estuviese á la de Papiniano. *L. un C. Theodos. de respons. prudent.* No hay duda que estos emperadores se engañaban, porque se adherian menos á lo que era justo en sí, que á lo que hacia autoridad; y

(1) *Juris civilis scientia, quae Manlios, Scavolas, Servios in amplissimos gradus dignitatis evexerat, libertinorum artificium dicebatur. Mamertim. Panegyri. 11. cap. 20.*

(2) El número de estas obras en tiempo de Justiniano, era cerca de dos mil volúmenes, y podia componer, segun la espresion de Eunapio, la carga de muchos camellos.

en caso de oposicion entre los juriscónsultos se contaban los votos en lugar de pesarse.

Sin embargo, Teodosio no desistió de su proyecto, y resuelto a reducir á un cierto punto las constituciones de los emperadores hasta su tiempo, confió esta comision á ocho juriscónsultos, entre los que se cuenta Antíoco; y en el año 438 promulgó un código que se llamó *Código teodosiano*, en el cual se comprenden todas las ordenanzas desde Constantino el Grande.

A pesar de esto, el mismo Teodosio y sus sucesores hicieron despues una multitud de leyes con el nombre de *Novelas*, que se acumularon escesivamente, y volvieron á sepultar la lejislacion en el caos espantoso de que con tantos trabajos habian intentado sacarla.

Tal era el estado de la jurisprudencia antes de Justiniano; estado que, segun él mismo afirma (1), habia puesto las leyes en una obscura confusion, y trastornado todo el derecho.

## CAPITULO VI.

### *Composicion del cuerpo del derecho.*

• Por fin hemos llegado al tiempo de Justiniano. Este príncipe nació el año 482 de Roma, y fue asociado al imperio en el de 527 por su tio Justino, que murió pocos meses despues, dejando á solo su sobrino el gobierno del mundo.

Justiniano durante un reinado de 39 años puso todo su cuidado en hacer respetar las fronteras de sus

(1) Const. *Deo auctore*, §. 12. y la Const. *Tanta*, §. 21. c. de vet. Jur. enucleand.

estados, pacificar la iglesia, edificar y adornar ciudades, y refundir por entero la legislación romana.

En efecto, viendo este monarca el estado deplorable en que se hallaba la jurisprudencia, concibió el designio de reducir todo el derecho romano á un cuadro mas estrecho, y de consiguiente mas fácil de ser comprendido.

Para la ejecución de esta vasta empresa no se descuidó en buscar los hombres de estado mas ilustres y consumados, los profesores mas hábiles de las escuelas de Berito y Constantinopla, y los abogados mas célebres por su sabiduría, y mas acreditados por su elocuencia. Al frente de ellos puso á Triboniano, que estaba condecorado con una de las primeras dignidades del imperio, y les prescribió que de los códigos ya publicados escojiesen las leyes mejores y las reuniesen en un solo volúmen, dividido en 12 libros, recomendándoles especialmente separasen lo inútil, y rectificasen lo que hubiese caído en desuso.

El resultado de este trabajo fue un código, á que dió Justiniano su propio nombre (1), *Jus Justinianum*, como se ve por una constitucion que hizo año 529, por la cual derogó todos los códigos anteriores, y las leyes que no estuviesen comprendidas en el suyo.

Despues reflexionando que los principios de la

(1) Procopio en sus anécdotas reprocha á Justiniano por la mania de poner su nombre á todo (*quod omnia à suo nomine dici voluerit*). Nam (inquit) statis magistratum formis, legumque et militarium ordinum abrogatis, alias invexit non jure, non publico commodo adductus, sed ut omnia nova, et de suo nomine dicerentur. Rei cuius statim obolendae copia non fuisset, saltim suum indidit vocabulum."

jurisprudencia romana se hallaban reunidos mas completamente, y establecidos con mayor solidez en las obras escritas *ex professo* por los antiguos jurisconsultos, que en las ordenanzas parciales de los príncipes sus predecesores, comisionó nuevamente á 18 sábios, presididos tambien por Triboniano, para que compilasen dichas obras. Esta operacion les fue encargada el año 530 de Roma, y aunque se les concedieron diez para terminarla, fue tanto su celo y laboriosidad, que á los tres años solamente formaron aquella enorme obra, que se denominó *Pandectas* ó *Digesto* (1); porque en su totalidad contenia decisiones sobre todas las materias del derecho: *quod omnes disputationes et decisiones in se haberet legitimas, et quod undique esset collectum, in sinus suos recepisset. L. 2. §. 1. c. de vet. Jur. enucl.*

En seguida encargó Justiniano á Triboniano, Teófilo y Doroteo, que de los compendios de los antiguos jurisconsultos, y en particular de las instituciones de Cayo, compusiesen unos *institutos imperiales*; los cuales debian comprender únicamente los primeros elementos de la jurisprudencia: *ut illae essent totius legitimae scientiae prima elementa. Proem. Inst. §. 4.*

Esta obra, á pesar de haberse hecho y trabajado despues de las *Pandectas*, se publicó sin embargo antes; es decir, el 21 de Noviembre de 533, al paso que la otra no recibió sancion ejecutiva hasta el 30 de Diciembre siguiente (casi un mes de diferencia), por una ley que mandó espresamente

(1) *Pandectas* significa lo mismo que *coleccion que lo abraza todo*; y *Digesto*; que las materias están colocadas con orden y conexion entre sí.

mente guardarla y observarla en el foro, y enseñarla en las escuelas.

Aunque Justiniano habia hecho el encargo especial de que no se dejase en su código vestigio alguno de las opiniones de los jurisconsultos de las diversas sectas, no tardó mucho en conocer que aun subsistian en él varios puntos dudosos y controvertibles. Asi que, para quitar hasta la menor señal de estas antinomias, promulgó en el consulado de Lampadio y Orestes 50 decisiones, *quinquaginta decisiones*, que se distribuyeron despues por los diferentes títulos de su código, en la nueva revision que mandó hacer de él. Esta revision llegó á ser tanto mas necesaria, cuanto que el mismo Justiniano habia hecho ya otras muchas constituciones que andaban sueltas; y por separado se hallaban tambien en su código algunas disposiciones, cuya reforma parecia muy urgente por los escesos y abusos que habia hecho conocer la experiencia.

Comisionó, pues, nuevamente á Triboniano y á otros cuatro jurisconsultos para que recojiesen y enmendasen su código, haciéndoles el encargo especial de que incluyesen en él las 50 decisiones de que hemos hablado, y asimismo sus leyes ó constituciones posteriores. Este nuevo código reemplazó al primero, y fue publicado el 16 de Diciembre de 529, bajo el título de *Codex repetitae praelectionis*.

Justiniano reinó aun muchos años despues de la promulgacion de este último código, y por consiguiente no debe estrañarse el que se haya visto en la precision de resolver algunas de las muchas cuestiones imprevistas que ofrece á cada instante la movilidad de las circunstancias. Y esto es lo que

son sus nuevas constituciones, *novellae constitutiones*, escritas la mayor parte en griego, y de las que pensó él mismo (1) mandar hacer una recopilacion á parte, como lo acredita su const. *Cordinobis*, §. 4. *de emend. cod.*

He aqui todo lo que forma el famoso cuerpo de las leyes romanas; compilacion que fue tan amargamente criticada, y tan vivamente defendida, los unos no viendo en ella mas que defectos, y los otros obstinándose en sostener que solo contiene bondad y perfeccion (2).

Por lo que á nosotros toca diremos francamente que el cuerpo del derecho no está exento de faltas, y convendremos, por ejemplo, en que bien hubiera podido dársele menos estension, y distribuirle con mejor orden; pero tambien confesaremos que éstos defectos son escusables en una obra tan larga y trabajosa, hecha por la mano de los hombres, y consiguientemente destinada á quedar siempre imperfecta, como lo dice el mismo Justiniano: *in nullo aberrare, seu in omnibus irreprehensibilem esse, divinae utique solius; non autem mortalis est constantiae seu roboris. L. 3. §. 13. C. de vet. Jur. enucleando.*

(1) Parece que Justiniano realizó despues esta idea, segun nos lo atestigua Agathias, lib. 5. p. 140. y Paul. Diac. lib. 1. cap. 25. *Hist. Longob.* Con efecto, esta coleccion indica ser la misma que hoy hace parte del cuerpo del derecho, y que, distribuida en nueve colaciones, se conoce con el nombre jeneral de *Novellae*.

(2) Véase Franc. Hotomar *in Antitriboniano*; Baldunus *in Justiniano*; Autumnus *in censurá gallicá juris romani*, cet. Berthelot. en su *Apolojia del Derecho romano*, bra escrita con tanta facilidad y pureza como crítica y profundidad.

Por lo demas estos defectos no impiden que el *cuerpo de las leyes romanas* sea una fuente inagotable de razon y de doctrina; y que deba hablarse de esta obra lo mismo que de todas aquellas donde lo bueno escede notablemente á lo malo.

*Ubi plura nitent in carmine, non ego paucis  
Offendar maculis, quas aut incuria fudit,  
Aut humana parùm cavit natura.*

HORAT. *Art. poet.* v. 351.

## CAPITULO VII.

*Cual fue despues de Justiniano la suerte de su  
leislacion.*

Ahora vamos á ver en que vino á parar la leislacion de Justiniano despues de su muerte, asi en oriente como en occidente.

Es constante que el cuerpo del derecho, promulgado por este emperador, fue recibido inmediatamente en oriente, no solo en los tribunales, sino en las escuelas de jurisprudencia. Pero como la mayor parte de los jueces y de los profesores no conocian mas que medianamente la lengua latina, se sintió poco á poco la necesidad de traducir al griego las leyes que Justiniano habia promulgado en latin.

La primera traduccion que salió al público fue la de la *Instituta*. Teófilo, el mismo á quien Justiniano habia empleado en su composicion, dió de ella, en vida de este emperador, una paráfrasis griega que llegó hasta nosotros, y cuyas

mejores ediciones fueron publicadas por Fabrot y Dionisio Godefroy.

Taleleo, que era igualmente contemporáneo de Justiniano, hizo también una versión griega de las pandectas, y la cual se cita con frecuencia en las basílicas.

De las novelas, que la mayor parte habían sido publicadas en griego, se hicieron varias versiones, y entre ellas hay una en latín por Juliano, muy exacta y elegante.

Estas traducciones estuvieron rijiendo hasta el siglo IX, en cuya época los emperadores de Constantinopla ordenaron compendiarlas. Y con efecto, Basilio Macedon fue el primero que publicó una pequeña colección, año 838, que después reformó y dió á luz con mas orden su hijo Leon en 886. Ultimamente, Constantino Porfirojeneta, hermano de Leon, puso la obra en diferente estado, publicándola á principios del siglo X, bajo el título de *Basílicas*.

Este código se componia de la versión griega de la instituta, de las pandectas, del código, de las novelas, de los edictos de Justiniano, y de las paratillas y comentarios de los jurisconsultos del imperio de oriente, insertándose además en él algunos pasajes de los padres y de los concilios. La traducción, sin embargo, no es literal, y á veces se aparta también del texto; se omitieron unas leyes, se añadieron otras, y en fin, todas están ó truncadas ó compendiadas. Si creemos lo que dice Psello, esta obra no era siquiera comprensible por los mismos griegos; *interpretatu difficile est et maximè obscurum*. Carlos Annibal Fabrot, abogado del parlamento de Aix, emprendió hacer de ella, por dictámen del canci-

Her Segnier, una traduccion latina que publicó año 1647, y en siete volúmenes en folio.

Las Basilicas se observaron en todo el oriente, como lo acredita la multitud de obras de jurisprudencia escritas en griego desde el siglo XI hasta el XIV, y en las cuales este código está citado y comentado. Su autoridad no cesó hasta 1435, en cuyo tiempo la toma de Constantinopla por los turcos acabó con el imperio de oriente.

En occidente muchas de las provincias habian caido ya en poder de los bárbaros; y otras, aunque en pequeño número, estaban todavía bajo la dominacion romana.

En esta rejia y estaba en práctica el derecho de Justiniano, porque este emperador habia mandado observarle en todo su imperio.

En cuanto á las provincias ocupadas por los bárbaros, reservándose solo los vencedores el poder militar, dejaron jeneralmente á los vencidos el uso de las leyes romanas. Mas no eran á la verdad las promulgadas por Justiniano las que se observaban, sino las de los códigos gregoriano, hermojeniano y teodosiano, con la instituta de Cayo, las sentencias de Paulo, y los escritos de otros jurisconsultos; de todo lo cual Alarico, rey de los visogodos, mandó hacer (año 506) por medio de Aniano su canciller, un compendio que se llamó indiferentemente *Cospus Theodosianum*. (Baluz., tomo 2. p. 474.); *Lex romana* (idem, tomo 2. p. 995. Ducange, *Glossar. hac voce*); *Breviarium Aniani*. (Véase Jac. Godefroy *in proleg. cod. Theod.* cap. 5.)

Los ostrogodos usaron igualmente de las leyes romanas, y su rey Teodorico mandó en el prefacio de su edicto la exacta ejecucion de ellas;

*salvâ juris publici reverentiâ, et legibus omnibus cunctorum devotione servandis.*

Casiodoro atestigua que el derecho romano continuaba observándose en los países conquistados, porque era tanta la humanidad de aquellos llamados bárbaros, que dejaban á los vencidos la elección de la ley en que querian vivir.

Segun estos principios de una política tolerante, los borgoñeses permitieron á los romanos que existian en su reino, seguir en la observancia de sus leyes. Conviene juzgar á los romanos por las leyes romanas, dice Gondebaut en el preámbulo del código de Borgoña: *inter romanos verò, sicuti à parentibus nostris statutum est, romanis legibus praecipimus judicari* (véase Lindembroje, páj. 267.); y he aqui por que Papiniano compuso, á ejemplo de Aniano, un libro de respuestas, *Liber responsorum*, sacado del código teodosiano, de las novelas de este emperador y sus sucesores, y de las obras de algunos jurisconsultos, con el objeto de que pudiesen servir de norma á los ciudadanos que preferian el réjimen de la ley romana al de la ley gombeta.

Los francos mismos, á pesar de que tenian sus leyes (1) y costumbres nacionales, concedieron tambien á los vencidos la facultad de escojer el derecho que mas les conviniese. Asi es que Clotario ordenó que las controversias de los romanos se decidiesen con arreglo á sus leyes: *causas inter romanos controversas romanis terminari legibus*. Baluz. tomo 1. c. p. 7.

En este estado permanecieron las cosas hasta

(1) La ley sálica y la ley de los ripuarios. *Egin. in vitâ Carol. Magn. cap. 29. Baluz. tomo 1. p. 989.*

el tiempo de Carlo Magno, quien conociendo la necesidad de dar leyes á las naciones que habia subyugado, mandó (año 804) poner por escrito las costumbres de todos los pueblos de su dominacion (1).

Nacieron de aqui las leyes de los alemanes, de los bávaros, de los lombardos y de otros muchos pueblos; cuyas constituciones fueron recopiladas con bastante erudicion por Eccard, Lindembroje, Don-Bouguet, y por otros escritores.

Aunque en aquellos primeros tiempos parece que se sirvieron los pueblos del oriente del código de Justiniano y de sus novelas mas bien que de las pandectas, no es creible sin embargo que estas hubiesen caido enteramente en olvido.

En occidente es opinion muy acreditada que se descubrió un ejemplar de las pandectas en el saqueo de la ciudad de Amalfi, cuya conquista hizo Lotario II en el año 1137. Este emperador le regaló á los habitantes de Pisa, en atencion á los socorros que le habian prestado para aquella expedicion, y de los pisanos pasó á los florentinos (2), donde se conserva con mucha estimacion.

(1) Ejinard, en la vida de Carlos Magno, cap. 29, nos asegura este hecho: »*Enum nimirum omnium nationum, quae sub ejus dominatu erant, jura, quae scripta non erant, describi ac litteris mandari fecisse;*» y de aqui un antiguo poeta tomó ocasion de decir:

*Cunctorum sui regni leges populorum*

*Collegit, plures inde libros faciens.*

(2) De aqui se tomó el nombre de *Pandectas florentinas*; y se cree jeneralmente que son las mas exactas que se conocen. »*Cujacius persuaserat sibi florentinas Pandectas esse omnium integerrimas; proindeque eas Castiora Digesta appellavit in Coment. ad §. ult. L. 3. Dig. de acq. vel amitt. poss. lib. 54. Pauli ad edictum.*»

Irnerio, jurisconsulto alemán, que habia estudiado en Constantinopla, se hallaba entonces enseñando públicamente el derecho romano en Bolonia; y de consiguiente tuvo ocasion de recurrir varias veces á este ejemplar de las pandectas para rectificar y esplicar mejor sus lecciones. Tambien dicen que el mismo Lotario publicó un edicto en seguida del hallazgo de este tesoro de jurisprudencia, para que se introdujese y se estableciese su estudio en las escuelas, y se observase en todos los tribunales de su imperio. Véase sobre toda esta historia. *Sigonius* de Regn. Itál. lib. 9. *Henry Brenkman*, de Amalphi á Pisanis direpta, §. 24. p. 65.; y el cardenal de Ostia. *in cap. 1. pr. X. de testam. n. 2.*

Lo cierto es que desde esta época el derecho romano se enseñó en todas las universidades de Europa, y que paulatinamente fue atestándose de notas y escolios por una multitud de doctores, cuyos trabajos aprovechó despues Acursio, reuniéndolos en una sola glosa, que gozó por esta causa de gran celebridad y aprecio. Su crédito fue aun mayor que el del texto mismo, segun atestiguan muchos autores, y con especialidad Fulgorio, el cual en una nota sobre la ley 6. *Cod. de oblig. et act.*, no vacila afirmar que él prefiere la glosa al texto: *volo enim pro me potius glossatorem quam testum.* En el dia está en un total descrédito esta glosa.

No satisfechos los jurisconsultos con comentar únicamente el cuerpo del derecho, trataron de darle otra division, creando aquella diferencia que los modernos no han querido adoptar: *Digestum vetus, infortiatum et novum.*

Compendiaron ademas las novelas, ponién-

dolas en forma de notas al márjen de las mismas leyes que ellas variaban ó modificaban; y estos extractos ó compendios tambien se insertaron despues en el código, bajo el título de *Auténticas*; á pesar de que en muchos lugares no reproducen fielmente el sentido el texto.

Por último, la invasion de los bárbaros produjo el sistema de los feudos; sistema que habiéndose multiplicado, introdujo una infinidad de costumbres nuevas que pusieron por escrito tres senadores de Milan, y agregaron al cuerpo del derecho con el nombre de *Consuetudines Feudorum*.

Tales fueron los trabajos de los jurisconsultos que florecieron en los siglos XII y XIII.

Vivieron en el siglo XIV Bartolo, Baldo, Tartano, Saliceto, Pablo de Castro, Jason, etc., los cuales tampoco se contentaron con poner notas al cuerpo del derecho, sino que le comentaron con mas orden y estension. Pero aunque sus escritos ofrecen observaciones admirables y decisiones de gran talento, no podemos menos de confesar que se encuentran tambien en ellos muchas ineptias, absurdos y puerilidades; bien es verdad que estas faltas son hijas de un siglo en que los amantes del saber carecian, así para el fondo de las materias como para el lenguaje, de los socorros que mejores estudios y un conocimiento mas exacto de la historia, de la filosofía y de la crítica presentaron con tantas ventajas á las jeneraciones posteriores.

Efectivamente, en el siglo XVI es cuando se observa que la jurisprudencia salió del caos, debiendo su esplendor á las obras de Cuyacio (1),

(1) Cuyacio fue sin contradiccion el primero de los in-

Pithou, P. Fabio, Fr. Otomano, y otros muchos sábios. Mas si este siglo tuvo sus ventajas, tuvo tambien sus inconvenientes. El gusto de las letras, perfeccionando el ingenio de los comentadores, les dió al mismo tiempo mayor sutileza; de suerte que, á escepcion de un corto número, se ve que todos los autores que trabajaron sobre el derecho romano no emplearon el tiempo y sus tareas sino en correr tras de quimeras, en crearse monstruos para tener el placer de combatirlos, y en buscar antinomias, de ordinario imaginarias, solamente por parecer diestros y sutiles, y para que se dijese de ellos que habian descubierto lo que ni siquiera les habia ocurrido pensar á los glosadores de otras edades. *Comentis veritatem obrunt*, dice Duareno, *quod aliquid paulò argutius nec ab aliis ante excogitatum in medium adduxisse videantur.*

Por fortuna este mal gusto tuvo su término; y el estilo de los jurisconsultos fue en lo sucesivo mucho mas culto. Dionisio Godefroy en 1583 publicó una edicion del cuerpo del derecho, que forma época; pues su texto fue adoptado por leccion comun en las universidades y tribunales. Por separado la adornó y adicionó con notas, que son una obra maestra de ciencia, de crítica, de precision y de elegancia; por cuyo motivo mereció ser llamado por d'Aguesseau, *el mas docto y profundo de todos los intérpretes de las leyes civiles.*

térpretes del derecho; él introdujo una manera nueva de tratarlo y comentarlo. Por lo mismo la jurisprudencia romana llegó á ser desde entonces mas elegante, *elegantior*; y Nestelblandt nos enseña que esta jurisprudencia, mejor estudiada y mas cultivada, se llamó *Jurisprudencia Cujaciana.*

Pothier trabajó despues sobre un plan nuevo: en vez de comentar servilmente el texto de las leyes romanas, las puso en mejor orden, asignándoles divisiones mas naturales; y esto prueba que un método donde todo se halle exactamente ligado, será sin duda el mejor medio de ilustrar lo que es obscuro ó confuso. *Tantum series juncturaque pollet!* Heinecio llevó aun mas adelante esta brillante empresa: lleno de mejores ideas y de luces, y manejando como maestro la materia, colocó cada parte del derecho en sus primeros elementos; y procediendo al modo de los jeómetras, redujo la jurisprudencia á su mas simple espresion, formando con sus axiomas una cadena, cuyos eslabones están todos unidos con aquella exactitud y orden de que dimana su principal fuerza.

## CAPITULO VIII.

*Derecho romano en el siglo XIX, y de su autoridad.*

Tal era el estado de la jurisprudencia romana á fines del siglo XVIII.

Estalló luego una revolucion terrible: su primer esfuerzo se dirige contra las leyes. Quedaron destruidas las antiguas instituciones; y las escuelas de derecho dejaron de existir. De esta suerte se sepultaron en el silencio las leyes romanas y las de la antigua Francia, reemplazando su lugar una multitud de otras nuevas que se sucedian sin consecuencia, y se multiplicaban sin razon. *Corruptissima republica plurimae leg.* Tacit. *Anal.* III. 28.

Comienza empero en un siglo mas feliz: *Magnus ab integro sæculorum nascitur ordo*. El órden sucede al caos; un gobierno firme sale del seno de la anarquía; sólidos edificios se levantan sobre las ruínas; todo renace, y la Francia asegura su imperio con la sabiduría de sus leyes. Restablécense las escuelas de derecho, y un gran número de discípulos las frecuenta. En ellas se enseña el código de Napoleon; mas ya uno de sus redactores tenía presentido que jamás llegaria á entenderse profundamente si no se le auxiliaba con otros estudios; y he aqui como se mandó que las leyes romanas entrasen tambien en el plan de instrucción pública, haciendo parte de la ciencia legal.

— Cuanto á su fuerza y autoridad, es evidente que si las leyes posteriores derogan las anteriores, las *novelas* deberian preferirse al *código*, lo mismo que la *instituta* á las *pandectas*. No obstante, algunos opinan que las *instituciones* y las *pandectas* recibieron fuerza de ley á un tiempo, y en este caso se sigue que ambos códigos tendrán igual autoridad, y que no se derogarán entre sí.

Los fragmentos que existen de los *códigos gregoriano, hermojeniano y teodosiano*, aunque muy útiles para la interpretación del derecho, no pueden citarse tampoco para la decision de las causas, sin cometer el crimen de falsedad. *L. 2. §. 19. c. de vet. jur. enucl.*

Las *auténticas* eran obra de particulares, y de consiguiente no tienen fuerza obligatoria; de igual manera que en Europa solamente serán reconocidas con autoridad aquellas leyes de Justiniano ó de otro legislador, que fuesen aprobadas, recibidas y adoptadas por sus respectivos soberanos.

nos. *Leges ab imperante latae , solos obligant subditos , non exteros.*

Por lo demas, diremos con Bossuet, si las leyes romanas han parecido tan santas que su majestad subsiste aun despues de la ruina del imperio, es porque el buen sentido, principal maestro de la vida humana, reina en ellas, y porque no se ha hecho en parte alguna mejor aplicacion de los principios de la equidad natural. *Hist. univ.* paj. 579.

En fin, leyes tan estendidas como durables, se puede decir con el canciller d'Aguesseau, todas las naciones las consultan aun en la época presente, y cada uno recibe de ellas respuestas de eterna verdad. Poco es para los jurisconsultos romanos haber interpretado la ley de las XII tablas y el edicto del pretor; ellos son ademas intérpretes seguros de nuestras propias leyes; ellos prestan, por decirlo así, su espíritu á nuestros usos, su razon á nuestras costumbres; y por los principios que nos dan nos sirven de guias, aun quando marchamos por un camino que les fue desconocido. *Tomo 1. páj. 157.*

Procurad, pues, jóvenes estudiosos, penetraros bien de esas preciosas reglas; aprovechaos del estudio de las leyes romanas para la mejor inteligencia de las nacionales, y trabajad dia y noche para haceros capaces de ser útiles á vuestra patria, á vuestros amigos y á vosotros mismos. *Pergite, ut facitis, adolescentes, atque in id studium in quo estis, incumbite, ut et vobis honori, et amicis utilitati, et reipublicae emolumento esse possitis.* Cic. *1. de Orat.*





## PROEMIO.



**C**ONFIADOS en el auxilio divino, nos proponemos interpretar de nuevo en este año los elementos del derecho que dispusimos según el orden de la Instituta: y nos conduciremos de suerte, que si los estudiantes traen á estas escuelas el deseo de aprender que nos prometemos, puedan concebirse lisonjeras esperanzas en favor de su aprovechamiento. Pero antes que entremos en materia, tenemos tres cosas que advertir. Primera: que los discípulos asistan con puntualidad, y hagan por no perder esplicacion alguna; pues toda esta obra es como una especie de cadena, en la cual, sino se entienden las primeras cosas, tampoco pueden entenderse las que de ellas se deducen; y porque nadie alegue ignorancia, decimos: que los que al frecuentar estas escuelas usaren de una aplicacion interrumpida, no saldrán por cierto mas instruidos que si jamás hubiesen asistido á ellas. Segunda: que los discípulos deben venir enterados del cuerpo del Derecho, en atencion á que habrá que manejar con frecuencia las leyes mas notables, y á que es sobremanera útil que el lejista se habitúe desde un principio á manejar las leyes, y se fami-

liarice con aquella obra de Justiniano, que en jurisprudencia no es de menor autoridad que en teología la sagrada escritura. Y no será fácil que los discípulos se acostumbren á manejar el cuerpo del Derecho, si bajo la direccion del catedrático no consultan con cuidado los textos en la cátedra, y no los repiten en casa, procurando convertirlos en sustancia propia. Por último, advertiré á los que aspiren á una doctrina mas sólida, que obrarán cuerdamente en juntar á las esplicaciones de la cátedra (en los repasos domésticos) en primer lugar mis *Antigüedades romanas*, en las cuales he explicado brevemente lo que necesita saberse del estado de la república romana, y despues ó las *Prelecciones* de B. Hubero llenas de instruccion, ó los *Comentarios* de Arn. Vinio; pues no quisiera abrumar á los principiantes con el estudio de muchos libros. Hechas ya estas advertencias, pasaremos al proemio. Y en atencion á que cuando se trata de interpretar, trae inconvenientes entrar en materia sin hablar ni dar á conocer primeramente los códigos sobre que debe recaer la interpretacion. *L. 1. ff. de orig. jur.*, hemos empezado, á exemplo de Justiniano, tratando del cuerpo del Derecho llamado Justiniano; y esplicamos:

- 1) Las causas por que se copiló, §. 1. y 2.
- 2) El autor bajo cuyos auspicios fue formado. §. 3 y 4.
- 3) Sus partes, ó los libros de que se compuso dicho cuerpo, §. 5. hasta el 14.
- 4) La autoridad tanto de cada uno de los libros en particular como de toda la obra en jeneral, §. 15. hasta el 17.

## §. I.

Entre la multitud de causas que impelieron á formar esta obra Justiniana, dos son las principales: la inmensa mole del Derecho romano, de cuyo asunto se trata en este §., y el desgraciado empeño de los que antes de Justiniano intentaron este trabajo, de que se tratará en el §. segundo. De ambos puntos se hablará con algun cuidado. Los que antiguamente se dedicaban al Derecho debian saber las constituciones de los príncipes, que reunidas en tres antiquísimos códigos, se habian aumentado escesivamente. Además, todas las materias que hoy dia se hallan contenidas en el libro de las Pandectas, estaban antes de Justiniano esparcidas en dos mil, para cuya lectura apenas bastaba la vida del hombre. *Const. Tant. §. 1. de confirmat. Digest. Jacob. Gothofred. in prolegg. ad cod. Theodos.* Por esto Eunapio llama á la jurisprudencia *carga de muchos camellos*. Y de ahí viene el que escriba Mamertino en el *paneg. ad Julian.* que *la ciencia del derecho civil que en otro tiempo elevaron al mas alto grado de dignidad los Manlios, los Escévolas y los Servios, sea ya una ocupacion propia de libertos*. Y de aqui proviene en fin el que en *Phot. biblioth. saec. 5.*) se haga mencion de un *siervo Escita que profesó la jurisprudencia*; porque efectivamente ningun injénno se atrevia á entregarse á este océano, cuyo fin apenas preveía.

Advirtiendo lo cual Justiniano, pensó acertadamente que seria útil no solo á la jurisprudencia, sino tambien á su imperio, reprimir tamaña multitud de leyes y derechos, y reducirlos á un moderado compendio, acerca de cuya empresa

celebra piadosamente la proteccion divina en el pr. de la *Const. Tant. de const. Digest.*

§. II.

Tenemos la primera causa de haberse compuesto el cuerpo del Derecho; síguese la otra, á saber, el que muchos antes de Justiniano habian emprendido esta obra sin poder llevarla á cabo.

Ciceron fue el primero que se encargó de formarla, segun el testimonio de Gell. lib. 1, c. 22, donde hace mencion de un libro de aquel de *jure civili in artem redigendo*. Pero no la pudo dar cima este eminente varon. Pompeyo determinó despues lo mismo, acerca de lo cual dice Isid. *Orig. l. V. c. I*, que *aquel primer cónsul habia tratado de que las leyes fuesen reducidas á libros; pero que no habia persistido por miedo á los destructores*; aunque si se atiende á que Isidoro es escritor del siglo VII, y á que los autores antiguos nada absolutamente dicen de esto, la noticia no parecerá tan creible. Mas fuera de duda está que Julio Cesar siendo ya dictador perpetuo (\*), pensó en el cuerpo del Derecho; de él

(\*) El dictador era el soberano majistrado de la antigua Roma en tiempo de la república, el cual se creaba en circunstancias críticas, y en los peligros extremos de ella, como cuando habia grandes sediciones, ó se veia la república acometida de enemigos poderosos. Nace la voz de este majistrado del verbo *dictar*, porque prescribia lo que era mas favorable á la república. Al principio solo se elijieron de entre los patricios, y *Lucio Flavio* fue el primero que en el año 252 se creó en Roma; pero despues se elijieron de los plebeyos, y lo fue el primero *Marcio Rutilio* en el año 397. El poder ó empleo de dictador solo

refiere Suetonio in Jul. c. 44, que habia resuelto redactar en cierta forma el derecho civil, y reducir á poquísimos libros lo mas selecto y necesario que se hallaba esparcido por el inmenso cúmulo de leyes. Pero la inexorable muerte se anticipó, impidiendo la ejecucion de tan laudables proyectos.

duraba mientras existía la causa de su eleccion; pero si llegaba á seis meses, se procedia á elejir otro, por el recelo de que no abusara de tan grande autoridad. Le nombraba el cónsul de orden del senado, escojiéndolo de los cónsules que habian sido de integridad y mérito conocido, y la eleccion se hacia sin que el pueblo tuviese parte en ella, despues de haber consultado los auspicios. Tenia un poder absoluto, y era árbitro de la guerra y de la paz; podia levantar tropas, y despedir las armadas cuando le parecia conveniente; á nadie daba cuenta de sus acciones, y ejecutaba quanto ordenaba sin que se le pudiese hacer oposicion; y desde que era elejido, cesaba todo el mando y autoridad de los majistrados, á escepcion de los tribunales de la plebe, para ante quienes, alguna vez, se apeló del dictador, como refiere Tito Livio en el libro 8, que no pudiendo Marco Fabio traer á razon al dictador Lucio Papirio, apeló á los tribunales del pueblo, y aun al mismo pueblo. Con el dictador estaba siempre su capitán de guardias *Magister Equitum*, para socorrerle en cualquiera ocurrencia, ó para ejecutar sus órdenes. Se le concedian todos los derechos y distintivos de honor que tenian los reyes; y asi es que iba precedido de los lictores; pero no podia salir de Italia sin perder su autoridad, ni se le permitia montar á caballo, á no ir al ejército; y cuando se hallaba en campaña se pagaban á costa de la república sus equipajes, secretarios, reyes de armas, y demas oficiales de su comitiva. Asi duró hasta que Sila fue el primero que se hizo elejir dictador perpétuo, y que marcháran delante de él veinticuatro lictores para tiranizar mas á su sabor al pueblo; y lo mismo hizo Julio Cesar, por cuya razon fue suprimida esta dignidad cuatrocientos años despues de su creacion.

Con tan infelices auspicios emprendió Justiniano lo que tan mal habia salido á tantos otros: motivo por qué en el pr. de la *Const. Tant. de const. Digest.*, se gloria de haber concluido mediante Dios, lo que nadie antes de él habia esperado, ni creído ser posible al ingenio humano. Hay algunos que sienten el que en esta obra haya trabajado Justiniano y no Julio Cesar, quien siendo un varon lleno de ciencia, hubiera podido dar mas elegante el cuerpo del Derecho que lo hizo Justiniano, príncipe del siglo VI, en cuya edad empezaba ya la barbarie á introducirse en el imperio romano. Se pregunta, pues, si Cesar hubiera hecho á nuestra jurisprudencia mas servicios que Justiniano. No tenemos dificultad en confesar, que si Cesar hubiera copilado esta obra, seria mas elegante, concisa y docta, pero no tan útil y acomodada á nuestro foro. Porque: 1) aquel cuerpo no hubiera podido contener mas que el Derecho antiguo, puesto que el nuevo y el que hoy rije en las mismas materias de que ya habia disposiciones en las leyes antiguas, se agregó despues de Julio Cesar. 2) Careceríamos entonces de la mayor parte de los escritos de los jurisconsultos, á saber: de Papiniano, Juliano, Paulo, Ulpiano, etc., que vivieron despues de Julio Cesar, y elevaron al mas alto grado de perfeccion la jurisprudencia. Asi que, debemos dar gracias á Dios de que al fin del siglo VI, cuando ya iba en decadencia el imperio romano, determinase el (\*) el emperador Justiniano copilar esta

(\*) La voz emperador viene del verbo *imperare* mandar, y asi se llamaba el jeneral del ejército. Algunas veces daban los soldados el nombre de emperador á su jeneral

obra; pues así poseemos el tesoro del Derecho novísimo, y los fragmentos de los más consumados juriconsultos, esplicándose en las escuelas un Derecho que tiene uso en el foro.

## §. III.

Hasta aquí hemos espuesto la parte del proemio, que manifiesta las causas por qué se formó el cuerpo del Derecho Justiniano: trataremos ya de la otra que versa sobre el autor de esta eterna obra. Formose bajo los auspicios de Justiniano, de cuyo ingenio diremos algunas cosas en este párrafo, y de sus hazañas en el siguiente.

Fue Justiniano de nacimiento obscuro, oriundo de Iliria; pero elevado por la fortuna al mas cuando habia ganado alguna grande victoria; pero para que el senado confirmara por su decreto este glorioso título, era necesario que el jeneral hubiese conquistado una provincia, ó tomado alguna ciudad considerable, ó ganado una batalla, en que hubieran quedado muertos 10.000 enemigos. El pueblo romano dió á Cesar el nombre de emperador para mostrar el soberano poder que tenia en el imperio romano; y en este último sentido se llamaron emperadores Augusto y sus sucesores, porque aborreciendo los romanos el nombre de rey desde que Roma se erigió en república, á consecuencia de la espulsion de su último rey *Tarquino el soberbio*, los primeros Césares procuraron evitar esa voz que era tan odiosa al pueblo, substituyendo en su lugar la de emperador, para designar el supremo jefe de la república, afectando de ese modo que respetaban la libertad de ella en medio del ejercicio de la soberanía absoluta, y la preparacion del restablecimiento de la monarquía; aunque no dejaba tambien de dárseles este nombre en la otra significacion, y aun el mismo Augusto fue proclamado veinte veces emperador, porque habia ganado veinte batallas célebres.

alto grado de dignidad entre los hombres. Habiendo Justino, su tío materno, pasado del oficio de porquero al servicio militar, y llegado por todos los grados de la milicia á la dignidad imperial, adoptó al hijo de una hermana suya, y le asoció al imperio, nombrándole nobilísimo Cesar (\*). Muerto Justino, imperó solo ocupando el trono cuarenta años, y escediendo en la gloria y felicidad de sus empresas á todos los príncipes sus antecesores. Pero discrepan mucho acerca de sus costumbres los escritores, tanto antiguos como modernos. Uno de los antiguos, *Procopio*, que en todas sus obras celebró el ingenio, prudencia, probidad y virtud de Justiniano, escribió posteriormente un libro que intituló *Anécdota*, el cual se publicó en Leon en 1623 con notas eruditas de Nic. Aleman. En él pintó á Justiniano como un príncipe estúpido, enteramente dominado por su mujer, que era una prostituta, avaro, impío, y contaminado con toda clase de vicios. Esto produjo nuevas disputas. Asi que esta obra vió la luz pública, la tuvieron algunos como dictada *ex tripode*, y otros la reputaron como una calumnia de Procopio. Qué juicio, pues, debemos formar? La esencia y fundamento de la sabiduría consiste en no creer lijeramente. Justiniano no estuvo exento de lunares y vicios. Tuvo ciertamente algunos no pequeños defectos, cuales por ejemplo fueron una escesiva complacencia con su mujer Teodora, có-

(\*) Este era el apellido de la familia de Cayo Julio Cesar, y como fuese de las mas esclarecidas de Roma, y aquel el primer emperador perpétuo, los sucesores en el imperio le adoptaron para sí, y en lo sucesivo se llamaban Césares todos los herederos del trono.

mica y de desarregladas costumbres, un lujo y magnificencia escesivos, y su inconstancia en mudar las leyes. Pero estas faltas estaban mezcladas con mayor número de virtudes: él fue de agudo ingenio, magnánimo, fuerte, espléndido, en una palabra, el mayor príncipe de su siglo; y facilmente se disimularán estos lunares al que los compensó con tan sobresalientes virtudes.

## §. IV.

Bien lo manifiestan las hazañas de Justiniano en la paz y en la guerra, de que hablaremos algo en este párrafo. En su tiempo los bárbaros (\*) habian reducido el imperio romano casi al último extremo. Los godos acupaban la Italia, la España, y una considerable parte de la Galia; los vándalos el Africa, y los persas amenazaban el Oriente; pero á todos resistió Justiniano; desbarató y contuvo la invasion de los persas; volvió á sujetar el Africa; por cuya victoria da gracias á Dios en el *Pr. de la l. 1 y 2. Cod. de Offic. pretor, Afric.*, y después, destruido el reino de los godos (\*\*), recuperó la Italia. Procopio en los li-

(\*) Los romanos llamaban bárbaras á todas las naciones, porque creían que eran mas instruidos que ellas en la política y en el arte militar; pero sin embargo siempre respetaron á la Grecia, escluyéndola de ese ominoso dictado, y la miraron como la fuente de donde habian venido las ciencias y las bellas artes; y así es que los mejores escritores romanos siempre aconsejaron á sus conciudadanos manejasen de dia y de noche los autores griegos, á quienes miraban como los modelos que debian imitar.

(\*\*) La ciudad de Roma, fundada á las orillas del rio Tiber por Rómulo, capitán de bandidos, se distinguió desde sus principios per la violencia y robo de las Sabinas,

bro *de bello gothico persico, vandalico*, y *Agatias* en la historia de aquellos tiempos describen las circunstancias de estas guerras. Con lo cual ya comprendemos los títulos que se da á sí mis-

que les empeñó en una guerra; y lo que al principio fue necesidad, constituida poco á poco en pasión por las sucesivas victorias, formó el espíritu guerrero de aquel pueblo orgulloso, que de unas conquistas en otras llegó á ser el dominador del mundo entonces conocido. Al principio su gobierno era monárquico moderado, y la nacion se reja por el rey, que era electivo, en union de quien gobernaba el senado, compuesto al principio solamente de patricios, y la asamblea del pueblo tenia poder legislativo, hasta que cansados los romanos de la crueldad, avaricia é insolencia de Tarquino, llamado el soberbio, determinaron sacudir su yugo y libertarse de tal servidumbre, valiéndoles de pretesto la injuria que su hijo sexto hizo al honor de Lucrecia; y así es que en el año 221 de la fundacion de Roma le espulsaron, abolieron el gobierno monárquico, y se erijieron en república, gobernada por dos cónsules, que se elejian todos los años, cuyo gobierno duró hasta Julio Cesar, que lo mudó y estableció el imperio, nombrado así á causa del dominio de los emperadores. Numa Pompilio, el mas sábio y filósofo de sus reyes, creó la religion y el culto público, y arregló la ciudad, constituyéndose en nacion durante sus reyes; pero erejada la república, se creó una nacion esencialmente militar; y así es, que durante este gobierno, se hicieron las conquistas mas asombrosas, las que se terminaron en el reinado de Augusto Cesar, por cuya razon se cerró el templo de Juno, hasta entonces abierto; y aun hoy dia, para manifestar que hay una paz general, se dice hay una paz octaviaua. Subyugadas todas las naciones de oriente y occidente, y no teniendo ya contra quien combatir, solo se dedicaron los romanos á desfrutar las inmensas riquezas que por medio de tautas conquistas habian adquirido y acumulado en la capital del imperio; con lo que se afeminaron, relajárouse sus costumbres, la patria fue para ellos en adelante un nombre fantástico, y la severa disciplina de sus lejiones se convirtió en una

mo Justiniano en el principio de las instituciones: ellos no indican, como hoy día se acostumbra, las provincias que poseía, sino los pueblos que habia vencido en la guerra. Si se llama *alemánico*, *gótico*, *franco*, *jermánico*, es porque habia derrotado á los godos, á quienes parece pagaban tributo los alemanes, franceses y jermanos: *alanico*, *vandálico* y *africano*, porque habia deshecho á los vándalos y alanos en el Africa, y recobrado aquella provincia. Creen algunos que en

licencia absoluta, con la cual la soldadesca desenfrenada abatía y elevaba á su antojo á los emperadores. La naturaleza guarda exactamente sus leyes, lo mismo en los cuerpos físicos que en los morales, y el imperio romano era un monstruoso gigante que por su propio peso tenia que sucumbir; así fue, que para contener á las provincias mas remotas, sublevadas por las vejaciones de los empleados públicos, asalariaron tropas de los bárbaros, con lo que les abrieron la puerta para la dominacion, y estendiéndose los godos, vándalos, alanos y suevos, que son los que conocemos hoy por alemanes, húngaros, polacos, suecos, rusos, moldavos y balacos por la Europa, vencieron, arrollaron y arrojaron de la Italia y Francia á los romanos, y en España los vándalos con su rey Gunderico, los alanos mandados por Atases, los suevos bajo las órdenes de Armenerico y les silingos que tenian á su frente á su jeneral Respendias, entraron en ella en el año 409 de Jesucristo, y la repartieron entre sí; pero despues de continuas guerras, los vándalos pasaron al Africa, y sometidos ó degollados los demas bárbaros por los godos, quedó toda la España por estos, y fundaron la monarquía española que subsiste hasta nuestros días, sin que ni Justiniano, ni ningun otro emperador romano los haya arrojado de ella; por cuya razon, cuando dice el autor que Justiniano destruyó el imperio de los godos, se debe entender el de Italia, la cual reconquistó en el año 535, venciendo á los ostrogodos que se habian apoderado de ella; pero de ningun modo el reino que fundaron en España.

lugar del título *Antico*, debe leerse *Póntico*, por haber vencido algunas naciones en el Ponto Eusino. Pero tampoco habrá inconveniente en atenerse al texto vulgar, porque también los Antes fueron un pueblo que esparció el terror de su nombre en tiempo de Justiniano.

## §. V.

No fue menos esclarecido Justiniano en la paz que en la guerra; pues reunió en un cuerpo el derecho romano que estaba esparcido por innumerables volúmenes; de suerte que con razón se gloria en el *pr. Inst. proem.*, de haber ennoblecido la majestad imperial con las armas, y fortificádola con las leyes. Así que, pasaremos á considerar por su orden los libros que mandó formar, para saber de qué partes se compone el cuerpo del Derecho. El primer libro, pues, que mandó componer fue el *Código Justiniano*, publicado en el año 529. Llamábanse Códigos los libros cuadrados, y dábase principalmente este nombre á los libros que contenian las constituciones de los emperadores. Ya antes de Justiniano existian tres colecciones de estas constituciones: los Códigos *Gregoriano*, *Hermojeniano* y *Teodosiano*. Los dos primeros, formados por autoridad privada, comprendian las constituciones de los emperadores jentiles desde Adriano hasta Constantino el Grande (\*). El otro, compuesto por el

(\*) Es bien sabido que Constantino trasladó á Constantinopla, fundada por él, la silla del imperio romano que antes residía en Roma; y que dió la paz al cristianismo, haciendo su religion la del estado, en vez del abatimiento

emperador Teodosio el jóven, contiene las cartas ó constituciones de los emperadores ó príncipes cristianos. Aquellos hace tiempo que perecieron, á escepcion de algunos fragmentos conservados en la *Jurisprud. Vet. Ante-Justin.* del sábio Antonio Schultinjo, p. 685 y 709. Pero el Código Teodosiano todavía subsiste, aunque incompleto, ilustrado con escelentes comentarios por Jacobo Godofredo, y publicado en Leon año de 1665. De estos tres Códigos mandó Justiniano hacer uno mas sucinto, dando el encargo á Triboniano, excuestor del S. palacio, y (\*) gran jurisconsulto de aquellos tiempos, pero de relijion jentil, segun opinan algunos; y quiso que de su nombre se llamara Código Justiniano.

Pero qué lugar ocupa este Código en el cuerpo del Derecho? Debe observarse que pereció hace mucho tiempo, sin que en el dia pueda hallarse, porque como veremos en el §. 10, le abo-

y proscripcion en que antes se encontraba; por cuya razon se le dió el renombre de Grande, á pesar de que á él se le debe atribuir la precipitada caída del imperio romano, al menos el de occidente.

(\*) El cuestor de palacio era uno de sus jefes, cuyo principal destino consistia en responder á los memoriales que los súbditos presentaban al príncipe, y manifestar la opinion de éste en el senado; pues aunque ya desde Augusto Cesar perdió la república su libertad, y se erigió en un imperio despótico bajo el reinado de sus sucesors, todavía estos, para alucinar al pueblo, conservaron algunos vestigios de las instituciones de los pueblos libres, y por eso subsistió el senado, aunque ya no era aquella corporacion tan repetable, á cuya firmeza y probidad debió el estado muchas veces su salvacion, sino una reunion de hombres venales, sumisos y entregados enteramente á los caprichos de los emperadores.

lió el mismo Justiniano. Es verdad que en nuestro cuerpo del Derecho tenemos un Código; pero no es el Justiniano, sino el revisado ó *Repetitae Praelectionis*, que es algo mas moderno. Entre tanto ha de notarse que siempre que en las Instituciones se cita el Código, se entiende del antiguo, que no existe.

### §. VI.

Hecho el Código Justiniano, se siguieron las *Pandectas* ó *Digesto*, obra concluida en el espacio de tres años, y publicada en el de 533.

Acerca de ella se deberá observar: 1) que las *Pandectas* son un libro que contiene las interpretaciones de los jurisconsultos antiguos. Asi como el Código consta de las constituciones de los emperadores, asi las *Pandectas* se compusieron de los fragmentos de las obras de Juliano, Papiniano, Ulpiano, Paulo, Modestino, y otros jurisconsultos, por quienes están interpretadas las leyes y los derechos; y estos fragmentos tienen fuerza de ley, no en cuanto están escritos por los jurisconsultos (pues no tienen potestad legislativa), sino en cuanto publicados como leyes por el príncipe Justiniano, y recibidos despues en el foro. Y por eso es de notar el texto de la L. 2. §. 10. y L. 3. §. 10. C. de *Vet. Jur. Enucl.*, donde dice Justiniano: *Autorizamos (todos estos fragmentos) de manera que aparezca como nuestro, y compuesto por nuestra voluntad, cuanto en ellos se halla escrito.*

2) Que este libro se llamó *Pandectas* de un nombre griego que quiere decir todo, y un verbo que significa contener ó recibir, porque con-

tiene todas las cuestiones y disputas legales; y por decirlo así, recibió en su seno cuanto se pudo recoger por todas partes. L. 2. §. 1. ff. *de Vet. Jur. Enucl.* Llámase también *Digesto*, porque no se aglomeraron indistintamente y sin orden las materias, sino que se distribuyeron con orden y en determinados títulos. De ambos vocablos se valieron otros autores y jurisconsultos para designar otros tratados. Pues *Apicio*, que escribió del *arte de cocina*, llamó á su libro *Digesto*, y mucho tiempo antes de Justiniano escribieron *Pandectas* y *Digestos* *Juliano*, *Ulpiano*, *Celso*, *Paulo* y otros.

3) Que las leyes de las *Pandectas*, aunque sacadas de diversos autores, están no obstante enlazadas entre sí, de suerte que muchas veces el sentido de la que sigue debe sacarse por el de la que antecede: lo que no sucede así en el Código. Por ejemplo las leyes 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 24 ff. *de procurat.*, no presentan ningun sentido, á no juntarse las últimas palabras de la ley 17.

4) Que para citar las *Pandectas*, primero se suele poner el número de la ley (los antiguos añadian también la palabra inicial), después el número del párrafo, después dos efes unidas (ff), ó esta otra señal ( $\pi$ ), ó una (D), signos de las *Pandectas*, y por último el título. Por ejemplo, L. *Pomponius* 40, §. 4. *de procurat.* No suele expresarse el número del libro ni del título: ni está recibido que se cite así: *Lib. III, Digest. tit. III. Lex* 40, §. 4. Así que, deberá procurar el lejista hacerse familiar el orden de los títulos, porque de otra manera se verá muy embarazado al manejar las leyes.

## §. VII.

Ann no se habian publicado las Pandectas cuando salieron á luz en los años 530, 531 y 532 las *cincuenta Decisiones*, acerca de las cuales examinaremos 1) por qué se escribieron; 2) quién las escribió, y 3) dónde se hallan. Las cincuenta Decisiones tuvieron orijen de las sectas de los jurisconsultos. Es de saber que ya en tiempo de Augusto florecian en Roma dos muy célebres jurisconsultos, á quienes Tácito, *Annal.*, l. III, c. 75, llama dos *ornamentos de la paz*, Antistio Labeon y Ateyo Capiton. Era el primero tan amante de la libertad, que Augusto ni aun ofreciéndole el consulado, pudo atraerle á su partido, L. 2, §. 47, ff. de *Origine Juris*. El segundo *dotado de aquel ingenio cuyas condescendencias no pueden menos de ser gratas á los dominantes*. Tac. *ib.*, adulaba á Augusto. Estos jurisconsultos disentan en muchas interpretaciones del Derecho. El principal discípulo de Capiton era Masurio Sabino, el de Labeon Nerva (\*), á quien sucedia Próculo. Como propagasen estos jurisconsultos en sus descendientes la doctrina de sus maestros, se llamaron *Sabinianos* los primeros, y *Proculeyanos* los segundos. A Sabino sucedió Cayo Casio Lonjino, Pegaso á Próculo, de quienes recibieron estas sectas nuevos nombres, llamándose aquellos *Casianos*, y estos *Pegasianos*. Unos y otros andaban muy desacordes en varios principales puntos del Derecho, siendo este por consiguiente ambiguo é incierto. Justiniano para dar fin á estas controversias, publicó las cincuenta

(\*) Abuelo del que fue emperador.

Decisiones, en las cuales unas veces se adhirió al parecer de los Proculeyanos, otras al de los Salinianos, y otras á ninguno de los dos partidos.

2) Llámanse estas Decisiones Justinianeas, porque fueron escritas bajo sus auspicios, sin embargo de que se valió principalmente de Triboniano, que se alaba de ello en el §. 3. *Inst. de libertinis*.

3) Y dónde se hallan estas cincuenta Decisiones?

Primeramente se publicaron separadas; mas hoy existen en el Código *repetitae praelectionis*, cada una en los diversos títulos á que por su materia pertenecen. Sin embargo se pueden facilmente conocer por dos signos ó caractéres.

1. En que todas se dieron en el consulado de Lampadio y Oreste, ó en el primero ó segundo año despues de este consulado de Lampadio y Oreste.

2. En que por ellas se decide alguna cuestion controvertida por los antiguos jurisconsultos. Pueden servir de ejemplos las L. XII. C. de *Usuf.* L. XXIV. C. de *legat.* y L. *vet.* C. de *condit. instit.* Por lo demas Edem. Merilio publicó separadamente estas cincuenta Decisiones, *Lut. Par.* 1618, ilustradas con un copioso comentario, que poco ha se despacharon en Nápoles unidas con otras obras suyas. Tambien hay un comentario, aunque imperfecto, de estas Decisiones del eruditísimo jurisconsulto Juan Stranquio.

### §. VIII y IX.

Por el mismo tiempo se escribieron las *Instituciones* ó *Instituta*, que ocupan el primer lugar en el cuerpo del Derecho, cuyos autores fueron

tres jurisconsultos de aquella edad, *Triboniano*, *Teófilo* y *Doroteo*, quienes sin embargo no las compusieron de nuevo; sino que tomaron una gran parte de ellas de los jurisconsultos antiguos, como *Ulpiano*, *Florentino*, *Cayo*, segun se advierte por los fragmentos que nos han quedado de las *Instituciones de Cayo* (\*). Publicáronse las *Instituciones* en el año 533, y recibieron su autoridad juntamente con las *Pandectas*. Y aunque se compusieron con el principal fin de que por ellas aprendiesen los jóvenes los elementos del Derecho en las tres academias de Roma, Constantinopla y Baruti, recibieron tambien al mismo tiempo igual autoridad legal que tienen las *Constituciones de los príncipes* (\*\*), §. 6. *proem. Inst.*

(\*) La obra mas importante de Cayo es la que se intitula *Instituciones*, por ser el fundamento de la *Instituta* de Justiniano, conocida mucho tiempo únicamente por lo que de ella teníamos en el *Brevarium Alaricianum*; pero en el año 1816 descubrió Niebuhr las verdaderas instituciones de Cayo en un polimpsesto de la biblioteca del cabildo de Verona, descubrimiento inestimable para los que quieren profundizar en el Derecho romano. *Elementos de Derecho romano de Makeldei.*

(\*\*) Constitucion del emperador Justiniano por la que aprueba la *Instituta*. — En el nombre de nuestro Señor Jesucristo. — Cesar-Flavio-Justiniano, emperador de los Alemanes, Godos, Francos, Jermanos, Anticos, Alanos, Vándalos, Africanos; Pio, Feliz, Inclito, Triunfador, &c. Siempre Augusto y tres veces Cónsul. A la estudiosa juventud que desea aplicarse al estudio de las leyes: Salud.

No es suficiente solo el que la majestad del príncipe sea respetada por la fuerza de las armas, sí que tambien es menester que afiance su autoridad en las leyes para gobernar bien el reino en tiempo de paz y de guerra: ni conseguirá completamente su objeto, si ademas de alcanzar en los combates la victoria al enemigo; no reprime con

El mismo Teófilo, que en union con Triboniano y Doroteo compuso las instituciones, las ilustró despues con una paráfrasi griega: existen todavía, y son utilísimas para penetrar mas exactamente el sentido de la Instituta. La mejor edicion es la de Carlos Annibal Fabrot.

Adviértase que asi como se citan por leyes las Pandectas y el Código, las Instituciones se citan por párrafos; de suerte que puesto el número del

la sabiduría de sus leyes la injusticia de los calumniadores, y se hace tan esclarecido por su justicia, como grande por sus victorias y triunfos.

Con el socorro de la Divina Providencia, y á fuerza de desvelos y fatigas hemos conseguido ambos objetos; pues que no solamente hemos hecho sentir de nuevo el poder de nuestras armas á las naciones bárbaras á quienes hemos conquistado, sí que tambien hemos vuelto á poner bajo de nuestra obediencia al Africa y otro crecido número de provincias, que por mucho tiempo habian estado bajo la dominacion de nuestros enemigos; de manera, que todos los pueblos están sometidos á las leyes que hemos publicado, y á las que metódicamente hemos recopilado.

Despues de haber sacado de la confusion en que estaban, y puesto en orden las constituciones imperiales, hemos redactado en un solo volumen inmenso número de ellas, y fluctuando, por decirlo asi, en un vasto océano, se ha acabado con el socorro divino en poco tiempo una obra intentada inútilmente por muchos.

En seguida de este feliz éxito, de que somos deudores al Todopoderoso, hemos encomendado á Triboniano, eminente por su sabiduría, gran maestro, ex-cuestor de nuestro palacio, y ex-cónsul; y á Teófilo y Doroteo, personas ilustres y hombres consumados en la ciencia del Derecho, cuya capacidad, profunda erudicion en la jurisprudencia, y exactitud y fidelidad en ejecutar nuestras órdenes, hemos experimentado muchas veces, el que compusieran, especialmente bajo nuestra autoridad y conformé á nuestro pensamiento, estas instituciones, á fin de que, sin necesidad

párrafo, se añade la letra I ó Inst. señal de las Instituciones, y despues sigue el título; v. gr. *Princ. Instit. de Nuptiis. §. 3. Inst. de Actionibus.*

### §. X.

Aqui pudieran haber cesado los desvelos de Justiniano, si Triboniano y sus consocios hubiesen trabajado con mas cuidado; pero concluidos el Código, Pandectas é Instituciones, se vió in-

de antiguos libros, llenos de máximas desusadas, podais recibir de la majestad imperial los primeros elementos de la legislacion, aprendiendo solo cosas útiles, y únicamente lo que se practica actualmente, á fin de que con brevedad os entereis de las constituciones de los emperadores; que apenas se sabian antes, despues de cuatro años de estudio, pudiendo teneros por felices en gozar de estas ventajas, y de tener el honor de obtener de vuestro mismo emperador el principio y fin del estudio de la jurisprudencia.

Asi es que hemos mandado dividir en cuatro libros las Instituciones, para que sirvan de elementos y primeros principios de toda la jurisprudencia, inmediatamente despues que los dichos tres jurisconsultos distinguidos por su sabiduría y elocuencia, han acabado de reunir todo el antiguo derecho en los cincuenta libros del Digesto.

En él hemos referido succinctamente el derecho antiguo, y aquellas leyes que, despues de desusadas, se han vuelto á restablecer por nuestra autoridad.

Hemos leído estos primeros elementos de la jurisprudencia, sacados de todas las instituciones de los antiguos jurisconsultos, y principalmente de nuestro Cayo, de sus memorias, compilaciones y comentarios, presentados por aquellos tres esclarecidos varones, y los aprobamos y damos la misma autoridad que á nuestras ordenanzas.

Recibid, pues, estas leyes con entusiasmo, y estudiadlas tan bien, que despues de haber concluido estos estudios, podais ser dignos de que se os confien los cargos del imperio.

Dada en Constantinopla á 30 de Diciembre de 533.

mediatamente que era defectuoso el Código Justiniano, y en muchos capítulos contrario á las Pandectas. Niugun otro remedio quedaba mas que hacer otro nuevo, y abolir el primero; lo que se verificó en el año 534. Con esto ya se entiende lo que dijimos en el §. 5, de que ya no existe al presente el Código Justiniano, y tambien porque el Código que existe en el cuerpo del Derecho se llama Código *repetitae praelectionis*, que no es otra cosa que el primero revisado y enmendado cuidadosamente, y con muchas adiciones y espurgaciones. De donde proviene el que muchas veces el Código sea citado en las Instituciones, y sin embargo no se halle el pasaje citado en el Código que tenemos. Porque habiéndose compuesto el que existe despues de las Instituciones, no pudo Justiniano citar en ellas mas que el primero. Suele citarse el Código poniendo primero el número de la ley, y alguna vez el párrafo, despues la letra C., signo del Código, y finalmente la rúbrica del título; v. gr. L. 42. §. 9. C. de *Episc. et Cleric.* El órden de las materias es casi el mismo en el Código que el Dijesto, y no hay mas diferencia sino que en el Código van al principio las Constituciones de la Santísima Trinidad, de las iglesias, herejes, obispos; y que el derecho público se trata en los libros XI y XII, que tienen de particular el que si se cita alguna ley de ellos, se suele añadir el número del libro y el del título; v. gr. L. 1. C. de *fundis et saltibus rei dominicae. Lib. XI. Tit. 66.*

### §. XI y XII.

Concluido ya el cuerpo del Derecho, Justiniano sancionó, segun su costumbre, otras muchas cons-

tituciones, que por ser posteriores á aquel, se llamaron *Novelas*. Casi todas se publicaron en lengua griega, á causa de ir ya cayendo poco á poco en desuso el idioma latino en el imperio de oriente; mas no obstante algunas que otras se publicaron en latin. Por lo demas existen tres ediciones de las *Novelas*: 1) el texto griego que Scrimjero Scoto sacó de varios códices; 2) la version latina hecha por Juliano, patricio y profesor, que vivió poco despues de Justiniano, la cual se publicó en Par. en 1589, y 3) la que se halla en el cuerpo del Derecho; sin autor conocido, compuesta en estilo bárbaro y obscuro. No obstante debe observarse que, aunque las dos primeras ediciones son mas exactas y elegantes, sola la tercera está en algunas partes recibida en el foro, de suerte que goza de autoridad legal, aun cuando á veces no espresa bien el sentido que quiso dar Justiniano. Con todo, las demas ediciones son de suma utilidad para entender bien las *Novelas*. Por lo demas las *Novelas* se suelen citar poniendo primero el núm. y despues el cap., en esta forma: *Nov. CXVII. c. I.*

### §. XIII.

Todas las obras que hasta aqui dejamos enumeradas, se trabajaron bajo los auspicios del emperador Justiniano. Pero ademas hay otras insertas en el cuerpo del Derecho que no deben su origen á este príncipe: tales son las *Auténticas* de que hablaremos en este párrafo, y los libros de los *Feudos*, que serán la materia del siguiente. A las *Auténticas* se las llama tambien *Novelas*, por llevar en todas las ediciones la inscripcion: *Authenticæ seu Novellæ constitutiones Justiniani, Sa-*

*cratissimi Principis*. Pero aqui no se trata de estas Trátase, si, de saber que al fin de muchas leyes del Código se pusieron ciertos escolios, en los cuales se manifiestan las variaciones causadas por las Novelas y el nuevo derecho que se habia ido introduciendo. Por ejemplo, á l. 13. *C. de S. S. (L. l. t. 2.) Ecclesiis* se la pusieron dos Auténticas, porque permitiéndose por la ley á los que entran en alguna relijion el que puedan hacer testamento, en estas Auténtica se nota que la tal disposicion está variada por las Novelas V y CXXIII; y estos escolios son propiamente los que se llaman Auténticas (\*).

Aun no se sabe á punto fijo quien las haya agregado, aunque es verosímil fuese Irnerio, juriconsulto que en el siglo XII fue el primero que restauró y enseñó la jurisprudencia en Bolonia (\*\*). Citanse las Auténticas, poniendo primero la palabra *Auth*, despues las iniciales, en seguida la letra *C*, y finalmente la rúbrica del título en que se hallan: v. gr. *Auth. Ingressi monasteria C. de SS. ecclesiis. Auth. habita C. ne filius pro patre, L. 4. t. 13.*

(\*) Y estas Auténticas son de dos clases: doscientas diez son extractos de las Novelas de que hablaba el autor; y las trece restantes son extractos de las constituciones de los emperadores Federico primero y segundo de Alemania, hácia mediados y fines del duodécimo siglo, y por eso se llaman *Autenticæ friedericianæ*, que en forma de extracto se insertaron en el Código por los catedráticos de Bolonia, y por ser mas recientes son preferidas á las otros constituciones. Se conoceu por la inscripcion *Novæ Constitutio Friederici*, y se citan como los extractos de las Novelas.

(\*\*) El primero que enseñó el Derecho romano en la universidad de Bolonia, fundada y conservada por los papas para enseñar en ella el Derecho romano y el canónico, des-

## §. XIV.

Tambien tenemos en el cuerpo del Derecho los libros de los *Feudos* (\*), aun cuando no pertenecen al Derecho romano. En efecto, los romanos no conocieron los feudos, pues son oriünariamente de institucion jermánica, aunque despues se introdujeron en casi todas las naciones de Europa.

Los autores de estos libros fueron en el siglo XII Jerardo Nijer, y Oberto de Orto, cónsules de Milan, que con autoridad privada escribieron las costumbres feudales. Como volviere despues á florecer en Bolonia el estudio del Derecho, el Jurisconsulto Hugolino agregó al cuerpo del Derecho estos libros de los feudos como apéndice de las Novelas. De aqui provino el que juntamente con el cuerpo Justiniano fue recibido en el foro este libro como derecho feudal comun, por el cual se deberian decidir las controversias feudales en caso de faltar costumbres, leyes ó estatutos especiales. Para citar los libros de los feudos se pone primero

pues que en 1137 se descubrieron las *Paudectas* en *Amalfi*, ciudad de la Italia, fue el jurisconsulto *Pepo*, á quien siguió *Irnerio* ó *Werner*; y como este ilustrase el texto de las compilaciones de Justiniano, con notas relativas al fondo de la materia y al de las espresiones, á la que se llamó *glosas*, adquirió una reputacion mucho mayor; tanto que en el duodécimo siglo se le llama *Magister Guarnerius* ó *Wernerius de Bonnonia*; y *Godofredo* en la *Gloss.*, ad Fr. 6. D. 11. le llama *primus illuminator scientiae nostrae*, y sin duda por esta razon dice el autor que fue el primero que restauró y enseñó la jurisprudencia en Bolonia.

(\*) Feudo, segun dice la ley 1.<sup>a</sup>, tit. 26, Part. 4.<sup>a</sup>, es bienfecho que da el Señor á algunt home porque se torna su vasallo, et le face homenaje de serle leal: et tomó este nombre de fe que debe siempre guardar el vasallo al señor.

el número del libro, despues la letra F., y finalmente el número del capítulo, y alguna vez el párrafo, v. gr. 2. F. 24. §. 2.

Estas son las partes de que se compone el cuerpo del Derecho. Pues aun quando en él se hallan las Novelas del emperador Leon y de otros príncipes, y tambien los Cánones Apostólicos, no tienen uso ninguno en el foro, y por lo mismo no pertenecen propiamente al cuerpo del Derecho.

## §. XV.

Resta la última parte del proemio, en la cual se pregunta: *cuál sea la autoridad asi de estos libros como el mismo cuerpo del Derecho?* Esta cuestion se resolverá perfectamente por medio de tres exiomas incontestables. (I) *Una ley posterior siempre deroga la anterior, L. ult. ff. de Const. Princ.* La ley es la voluntad del sumo imperante, y la voluntad posterior no puede menos de mudar y quitar la anterior. (II) *Los particulares no establecen leyes.* Puede el particular interpretar las leyes (\*), puede aconsejar, juzgar segun ellas, pero no hacerlas, porque la ley es un decreto del sumo imperante, y de nadie mas que de él. (III) *Las leyes dadas por el imperante solo obligan á sus súbditos, no á los estráños.* Se dice que la ley es un decreto del sumo imperante; pero nadie es sumo imperante mas que con relacion á sus súbditos. De estos indisputables axiomas se deducen muchas consecuencias

(\*) Interpretacion es la aclaracion de una cosa dudosa; y asi quando la ley está tan obscura que no se sabe cual fue la mente del legislador, es preciso acudir á éste para que manifieste lo que quiso mandar; de modo, que en

acerca de la autoridad del derecho que vamos á esponer. *Primeramente*, de que la ley posterior derogue la anterior, se sigue (1) que el Código Hermojeniano y Gregoriano, de los cuales en el dia solo existen fragmentos, igualmente que el Código Teodosiano que poseemos casi integro, no tienen al presente autoridad ninguna; pues conteniendo estos libros el Derecho Antijustiniano, los deroga el Derecho de Justiniano. Y de aqui es que estos Códigos pueden ser útiles para interpretar las leyes, pero no servir para el foro, aun cuando en ellos se encuentren las leyes mas íntegras y puras que en el Código Justiniano. Y segun la L. 2. §. 19. *C. de Vet. Jur. Erucl.*, cometia el crimen de falsedad el que citaba libros anteriores á Justiniano para decidir los pleitos. Síguese del mismo axioma (2) que las Novelas dero-

este caso la interpretacion está inherente á la soberanía, y ningun particular tiene autoridad para interpretar la ley: por esta razon se manda en nuestra legislacion que cuando en el foro sobrevenga un caso que no esté comprendido en la ley, ó esta fuese tan obscura que no se pueda saber lo prevenido por ella, los jueces acudan al soberano para que resuelva lo correspondiente; de manera, que si la ley estuviese desusada, ó por el transcurso del tiempo ó mayor civilizacion, y la pena aplicada, por ejemplo, á un delito pareciese escesiva y dura, entonces los jueces deben acudir al soberano, y hacérselo presente para que provea de remedio; pero nunca temprarla ni minorarla á su arbitrio, porque no tienen facultad para ello; y es un abuso intolerable y perjudicial al estado el que los tribunales conmuten las penas, y no se atengan exactamente á la ley. Por eso cuando dice el autor que el particular puede interpretar las leyes, debe entenderse de la interpretacion doctrinal; esto es, que puede explicarlas, comentarlas y aclararlas con ejemplos y racionios.

gan la Instituta, Pandectas y Código: pues segun vimos en el §. 11 y 12, son posteriores á todos los libros del cuerpo del Derecho. Por ejemplo, en las Instituciones, Pandectas y Código se establece el derecho de suceder abintestato de distinto modo que en la *Nov. 118*. Qué disposicion es la que se deberá seguir? La que se contiene en la Novela, porque la ley posterior deroga la anterior. (3) Dedúcese de este primer axioma, que el Código deroga las Instituciones y las Pandectas, por ser posterior á entrambas. Por lo cual si no concuerdan, es preferido el Código; por ejemplo, las Pandectas, L. 79 *de adquir. vel omittit* establecen que los padres tengan pleno dominio en los bienes adventicios de sus hijos. Mas en los títulos del Código *de bonis maternis y de bonis quae liberi*, se adjudican estos bienes á los hijos. Qué derecho prevalecerá? El del Código; porque la ley posterior deroga la anterior (4). Derivase del mismo axioma que por disposicion de Justiniano no se derogaban mutuamente las Pandectas y las Instituciones, porque quiso que ninguno de los dos libros fuese anterior el uno al otro, puesto que ambos los promulgó el emperador en 30 de Diciembre de 533. L. 2. C. §. 23 *de Vet. Jur. Enucl.* Se ha dicho por disposicion de Justiniano, porque él mismo habia con prudencia dispuesto que se compusieran estos libros de modo que en nada discrepasen. Mas como sea cierto que no siempre lo ejecutaron Triboniano y sus compañeros, y en realidad discrepen á veces las Pandectas y las Instituciones, se pregunta: qué disposicion se deberá seguir? Dos son las reglas que han de observarse (a): *la Instituta tiene menos autoridad que las Pandectas, en cuanto que fue sa-*

*cada de ellas*, pues siempre merece mas fe el original que el extracto. Asi, pues, cuando se consideran las Pandectas como un original de donde se han tomado las Instituciones, con razon son preferidas á estas. Por ejemplo, en la *Instituta de R. D.* se dice ser *especificacion cuando uno hace trigo de espigas ajenas*. Lo contrario se dice en la *L. 7. ff. de acquir. rer. dom.* A qué libro daremos mas crédito? A las Pandectas, porque se conoce que se sacó muy inexactamente de ellas este pasaje de las Instituciones (b). *Ceden las Pandectas á las Instituciones*, siempre que aparezca que se hizo alguna innovacion por estas. Pues la ley posterior deroga la anterior. Asi que, si es cierto que Justiniano quiso mudar en las Instituciones alguna cosa de las que estableció en las Pandectas, sin duda deberá ser preferida la posterior voluntad del emperador. Por ejemplo, en la *L. 9. y L. 55. ff. de manum. vindicta*, leemos que el menor de veinte años no puede manumitir, á no ser por *vindicta*, aprobada que sea por el tribunal la causa que para ella tenga. Y en el §. 1, *Instit. quibus ex caussis manum, non licet*, se permite á los menores de diecisiete años el que puedan manumitir libremente. Qué disposicion prevalecerá? La de las Instituciones. Porque es claro que el emperador quiso abolir é innovar el derecho antiguo espuesto en las Pandectas.

#### §. XVI.

El otro axioma es que *el particular no establece leyes*. De él es fácil inferir qué autoridad gozan las Auténticas copiladas privadamente por Irnerio, segun dijimos en el §. 13. Su autoridad no viene de haberlas compuesto Irnerio, porque el privado no

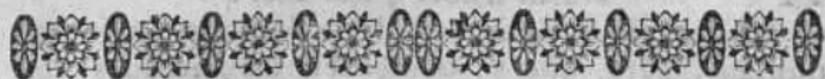
establece leyes; sino de haber sido sacadas de las Novelas y de otras constituciones de varios príncipes, de cuya autoridad nadie duda. Por eso todas siguen esta regla: *las Auténticas no tienen autoridad de leyes, á no ser en cuanto convienen con las Novelas, de donde están sacadas.*

De aqui nace la gran disputa de si las Auténticas convienen siempre con las Novelas. Algunos lo afirman y sostienen con empeño; pero no puede negarse que Irnerio, jurisconsulto semi-bárbaro, que trabajó el primero sobre el Derecho romano, cometiese defectos y dejase muchas veces de ser infalible. Siempre que sucede, pues, que Irnerio dió á las Novelas un sentido distinto del verdadero, lo que no deja de ser frecuente, no tienen ninguna autoridad las Auténticas.

### §. XVII.

El *tercero* y último axioma es: *Las leyes dadas por el imperante obligan solo á sus súbditos, no á los estraños.* Por este axioma podrán resolverse dos cuestiones. (1) Nos obliga á nosotros el cuerpo del Derecho de Justiniano? No pueden obligarnos las leyes dadas por este emperador (a). Porque este príncipe mandó en oriente, y jamás dominó en Alemania, la Béljica ni la Francia, y por tanto no tuvo facultad para dar leyes á estas naciones y otras varias de Europa. Por la historia aparece que los jermanos, belgas, galos y otros varios pueblos tuvieron muchos siglos despues de Justiniano leyes propias, muy diversas de las romanas. Mas no obstante tiene autoridad el Derecho Justiniano, por haberle recibido y sometídonos voluntariamente á él, á causa de su equidad, usándole en las cátedras,

academias, y en el foro; cuya introduccion se verificó en el siglo XIII y siguientes. Dedúcese de esto que no todo el Derecho de Justiniano nos obliga, sino solamente el recibido: porque todas las naciones tienen sus estatutos, sus leyes propias, municipales, provinciales, usos y costumbres. En el foro se decidirán las controversias primeramente por estos estatutos, etc.; mas si no se hallare en ellos decidida la cuestion, deberán los jueces recurrir subsidiariamente al Derecho romano (2). La otra cuestion que se podrá resolver por este tercer axioma, pertenece á las Novelas de Leon. Pregúntase si estas Novelas tienen autoridad legal? Muchos lo niegan, y bien negado; pero se engañan cuando fundan su opinion en que Leon vivió despues de Carlo Magno, desde cuya época dejaron de obligar en occidente las leyes de los emperadores de oriente: porque la misma autoridad tenia Justiniano (que vivió antes de Carlo Magno) para darnos leyes, que Leon el Sábio. Y así, la verdadera razon es, que si el Derecho romano tiene fuerza legal, es solo por haber sido recibido; pero al cuerpo Justiniano del Derecho no pertenecen las Novelas de Leon, puesto que en el siglo XIII, que fue cuando se introdujo aquel, eran todavía desconocidas las Novelas de Leon, como que el primero que las dió á luz en el siglo XV fue el esclarecido ornamento de la Frigia, *Vijilio Zuichemo*. Por consiguiente, aunque en varias ediciones del cuerpo del Derecho se ven incorporadas las Novelas de Leon, nada valen en contra del Derecho romano.



# LIBRO PRIMERO.

## TITULO PRIMERO.

### *De la Justicia y del Derecho.*

---

#### §. XVIII.

LA rúbrica misma nos indica que este título consta de dos partes. La primera trata de la Justicia, §. 18 hasta el 23 : la segunda del Derecho ó de la jurisprudencia, §. 24 hasta el 32. Acerca de la Justicia se pregunta (1), por qué se trata de ella? §. 18 (2), que cosa sea? §. 19 y (3) de cuántas maneras? §. 20 hasta el 23.

I. En la Instituta y Pandectas se empieza desde luego á tratar de la *justicia*, por ser esta el fin de la jurisprudencia y el próximo blanco del jurisconsulto, y convenir que el estudioso tenga siempre á la vista el fin que se propone. Asi como el teólogo mira como fin la eterna felicidad, y el médico la salud del cuerpo, del mismo modo el último fin del jurisconsulto es la interior tranquilidad de la república, la que solo se obtiene por medio de la justicia ; por lo cual es el fin próximo esta justicia. Quítese la justicia, y viviremos como los peces, que el mayor devora al menor. La jurisprudencia por consiguiente se cultivó con

el fin de que haya igualdad de derecho en la república, para que se aumenten las virtudes con los premios, se estingan los crímenes con los castigos, se dé á cada uno lo que es suyo, ande el buey seguro por los campos, ó como habla el Apóstol, para que vivamos quieta y tranquilamente en toda piedad y honestidad, I. *Tim.* 2. 2. Con sublimes palabras espresa *Ulpiano* el fin de la jurisprudencia en la *L. I. §. 1. ff. de justicia et jure*, donde llama á los juriconsultos sacerdotes de la justicia, asi como los filósofos se llamaban en otro tiempo sacerdotes de la sabiduría y de la virtud. Pues asi como el fin del sacerdote es tributar culto á Dios, y hacer mejores á los hombres, de la misma manera nosotros le tributamos á la justicia, y enseñamos públicamente las nociones de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto. *V. L. I. §. 1. D. h. t.* Luego se separan enteramente de este fin aquellos que aprenden el Derecho para manejar alguna vez las leyes en el foro, y lucrarse arruinando las fortunas de los hombres. Ciertamente que estos no merecen llamarse juriconsultos, sino buitres togados, peste de la república, tanto peores que los mismos ladrones, cuanto que roban impunemente con capa de justicia. Quede, pues, impreso en el ánimo de los lejístas que el fin de la jurisprudencia es la justicia.

### §. XIX.

Pero ¿que es la justicia? En las Instituciones y en el Dijesto se define diciendo que es *la voluntad constante y perpétua de dar á cada uno su derecho*. Buena definición, con tal que se entien-

da como se debe. Está sacada de la filosofía estoica, que seguian la mayor parte de los juriscultos antiguos; y para los estoicos toda virtud era *una constante y perpétua voluntad*: pues tenian siempre por malo al que lo era una vez. De aqui es que Ciceron *Parad. III. c. 1.* donde examina los principios de los estoicos, dice: *que solo la virtud guarda conveniencia con la razon y perpétua constancia.* Que otra cosa es esto mas que una constante y perpétua voluntad? Luego cuando se dice en la definicion que la *justicia* es una voluntad constante y perpétua, es igual que si se dijera que la justicia es una virtud; de manera que esto es el jénero de la definicion. La diferencia específica es *de dar á cada uno su derecho*: en lo cual se diferencia la justicia de las demas virtudes; pues la piedad da culto á Dios, la templanza da al templado lo que pide la virtud y la honestidad, y la justicia da al prójimo lo que se le debe. Luego es una constante y perpétua voluntad de dar á cada uno su derecho. Con todo eso no es fuera de propósito preguntar si acaso esta definicion es perfecta, y si la justicia definida de este modo es el fin de la jurisprudencia. Para entender la pregunta debemos saber que la *justicia* es de dos maneras, *moral y civil*. La *moral* es una virtud que consiste en la mente, ó un hábito del ánimo, por el cual uno arregla sus acciones á la ley. Luego no es justo en este sentido aquel que cumple sus obligaciones esternas para con los demas, á no hacerlo por amor de la virtud y con buena intencion. El fariseo, por ejemplo, que se alababa de no ser robador, ni adúltero, ni publicano, no era moralmente justo, porque no se abstenia de estas depravadas acciones por amor de la virtud, sino

por hipocresía. Al contrario, se llama *justicia civil*, cuando arregla uno las acciones esternas á la ley; de suerte que da á cada uno lo suyo, aun quando no lo haga por amor de la virtud ó con buena intencion, sino por miedo del castigo. Por consiguiente si uno paga al majistrado los tributos, si no daña á ningun conciudadano, ni mata á nadie, ni comete hurtos ni rapiñas, será civilmente justo, aunque haga todo esto con repugnancia, aun quando sea hipócrita y aun ateo. Ahora bien: cuales son los medios, tal es el fin. Los medios que facilita la jurisprudencia, son las penas y los premios. *L. 1. §. 1. ff. de Just. et Jure*; estos á ninguno pueden hacer moral sino civilmente justo, porque en el foro nadie sufre pena por sus pensamientos, *L. 18. ff. de Poenis*: luego la *justicia civil* es el fin de la jurisprudencia, sin embargo de que la *justicia* que en nuestro derecho se define, es la moral, que seguramente no se obtiene por solos los preceptos de la jurisprudencia. Cómo, pues, se podrá definir la *justicia civil* que es el fin de esta? Diciendo entenderse por *justicia la atemperacion ó conformidad de las acciones esternas con las leyes, en virtud de la cual no se daña á nadie, y se da á cada uno lo que es suyo.*

## §. XX.

Habiendo ya visto qué es *justicia*, se pregunta ahora de cuántos modos sea? Siguiendo á *Grocio de Jure Belli et Pacis. Lib. I. C. I. §. 8.*, la dividimos en *espletriz y atributriz*, contra cuya division disputa fuertemente el sábio *Pajensteche-ro, in Admonit. Part. I. §. 6.*, aunque todo viene á

parar en decir que las palabras no son bastante propias. Vamos á verlo nosotros. Los deberes que tenemos respecto de los demas hombres, son de dos maneras: unos que la ley prescribe como *necesarios*, en tales términos, que el que no cumple con ellos, se le puede obligar á castigar; tales son todos los que se derivan de aquella regla de justicia: *No hagas á otro lo que no quieras para ti*: por consiguiente no se debe matar á nadie, ni injuriarle, ni dañarle: las deudas deben pagarse, los pactos cumplirse, etc. Si hay alguno que no haga esto, puede el majistrado obligarle á ello ó castigarle, y de aqui es que estos deberes son *perfectos*. Otros deberes recomienda la ley como *honestos*; pero á nadie obliga á cumplirlos dajándolos solo á la virtud de cado uno: tales son todos aquellos que se derivan de la honestidad ó del decoro. Asi, por ejemplo, la ley manda que se dé limosna á los pobres; que se ejerza con todos la humanidad, que se enseñe el camino al que se ha estraviado, que se dé fuego al que lo necesite, etc.; pero si alguno no lo hiciere, aunque será un inhumano, no por eso se le podrá demandar ú obligarle el majistrado por medio del castigo á ejecutarlo. Pertenecen estas cosas mas bien á la voluntad y al buen oficio que á la obligacion, *L. 17. §. ff. commendati*; y se llaman *deberes imperfectos*. De todo lo dicho, pues, será fácil conocer en qué se diferencia la justicia esplettriz de la atributriz.

## §. XXI.

Esplettriz es la que da á cada uno lo que se le debe por derecho perfecto. Por consiguiente, el que se abstiene de robos y rapiñas, paga sus deu-

das, observa los pactos y contratos, cumple con la justicia esplettriz, porque está obligado á todas estas cosas por el derecho perfecto, de modo que puede el majistrado compelerle con la fuerza á entrar en órden y á cumplir á otros estas obligaciones.

Por el contrario; atributriz es la que da á cada uno lo que es mas de voluntad y buen oficio que de necesidad; v. gr., la que da lo que debemos á otro, pero que se lo debemos de manera que no se nos puede obligar á darlo. Luego si uno repartiase limosna á los pobres, aconsejase á los infelices, cuseñase el camino á los descarriados, cumpliria sin duda con la justicia atributriz.

Puede preguntarse aqui, por qué admite coaccion la justicia esplettriz, y no la atributriz? Muchas razones hay para ello; pero no las comprenderán los principiantes, á no estar enterados del derecho natural. Basta alegar una. Todos los oficios perfectos se deben *por una y determinada persona*, de manera que si no los cumple esta persona, no podemos exijirlos de otra. Por ejemplo, si Ticio me debe ciento, solo puedo exijirlos de Ticio, y se burlarian todos de mí sino pagándomelos Ticio, se los pidiese á Mevio. Al contrario, los *oficios imperfectos* no se deben por cierta y determinada persona, sino *por todos indefinidamente*. Si, por ejemplo, Pedro está necesitado, tengo obligacion de darle una limosna; pero no recae sobre mí solo esta obligacion, sino tambien sobre los demas hombres; de modo que si yo le niego este socorro, le podrá pedir con igual derecho á Juan, á Diego y á todos los demas hombres. Con que debiéndose los oficios perfectos por una y determinada persona, deberá esta ser obligada á que los cumpla, porque

de otra manera se me privaria de mi derecho; mas no tuvo á bien la república establecer coercicion en los imperfectos, porque no se priva de su derecho al mendigo, aunque le niegue socorro algun otro miembro de la sociedad.

## §. XXII.

Tratamos tambien ahora de los tres preceptos del Derecho que se refieren en el §. 3. *Instit. h. t.*, y en la *L. 10. §. 1. ff. h. t.*; porque se pueden explicar fácilmente por esta primera division de la justicia. Estos tres preceptos son: *vivir honestamente*, *no hacer daño á nadie*, y *dar á cada uno lo suyo*. Pudiera alguno preguntar, por qué razon los jurisconsultos mencionan solamente estos tres preceptos, cuando les seria fácil enumerar otra porcion de ellos, como guardar los pactos, etc.? Pero los jurisconsultos discurrieron muy bien. La justicia ó es atributriz é esplettriz. La atributriz comprende los deberes imperfectos que se derivan de la honestidad: de aqui el precepto del Derecho: *Vivir honestamente*. La esplettriz versa acerca de los deberes perfectos. O nos manda abstenernos de los vicios prohibidos por la ley, ó hacer lo que las leyes nos mandan. El que se abstiene de los vicios prohibidos por la ley, obedece al precepto: *No hacer daño á nadie*: el que hace lo que las leyes mandan, cumple con el precepto: *Dar á cada uno lo suyo*. Luego estos son verdaderamente los jenuinos principios del derecho en jeneral á que pueden referirse todas las doctrinas de la jurisprudencia, y de los cuales únicamente se deducen estas. Aquel, por ejemplo, que se abstiene de hurtos, rapiñas, daños,

injurias, es justo, pues á nadie daña: el que cumple los contratos y guarda los pactos, es justo, porque da á cada uno lo que es suyo. El que obra en la república como buen ciudadano, procura servir á la patria, observar el culto divino, vivir con temperancia y modestia, es justo, pues que vive honestamente; de suerte que estos tres preceptos contienen mas verdades de lo que vulgarmente se piensa.

### §. XXIII.

Síguese la otra division de la justicia, la cual, segun sentir de los doctores, ó es universal ó particular: y esta se subdivide en conmutativa y distributiva, pero ambas divisiones son inexactas. Examinemos las definiciones, siguiendo la mente de Aristóteles, de cuyos preceptos morales está sacada la division. Segun este filósofo *Eth. 1. la univesal* es el ejercicio de todas las virtudes para con los demas. Luego si uno es justo, y liberal, y humano, y modesto, será un varon justo en cuanto á la justicia universal. *Particular* es la que reprime la avaricia; de suerte que en los bienes esternos no da á uno mas utilidad, ni causa á otro mas gravámenes que la que es justo. Por ejemplo, si uno distribuyendo cargos, honores, premios, no se entrega á la avaricia, sino que da á cada uno lo suyo, dícese que ama la justicia particular. Esta es ó conmutativa, ó distributiva. *Conmutativa*, la que mira á la cosa, no á las cualidades de la persona, de suerte que observa una igualdad perfecta cual se halla en los contratos. Por ejemplo, el panadero vende el pan al senador á igual precio que al zapatero: si obrase de otra

manera, seria injusto. Al contrario, *distributiva* es la que mira á las cualidades de la persona, y observa una igualdad jeométrica. Por ejemplo, el príncipe distribuye los cargos y oficios en la sociedad: á uno hace consejero, al otro secretario, cónsul al tercero, al cuarto pretor, al quinto carnicero. ¿Pero será por ventura injusto, porque no ha observado igualdad, haciendo á uno consejero, siendo todos hombres, y todos ciudadanos? Al reves, seria injusto si diera á todos los mismos empleos. Pues en la distribucion de honores, premios y penas no se debe mirar solo á la cosa, sino tambien á la calidad de la persona. Asi como no de cualquier madera se hace una estatua, tampoco de cualquier hombre un consejero, un secretario, un cónsul ó un carnicero. Asi discurren los doctores siguiendo á Aristóteles; y se pregunta si se deberá aprobar esta division. No solo decimos que fácilmente podemos pasar sin ella, pues que basta la primera sacada de las obras de Grocio, sino tambien que no está hecha con exactitud. Porque (1) en las divisiones un miembro no debe contener al otro. Qué absurdo no seria que dividiésemos un hombre en hombre entero y dedo auricular? Pues tan propia es aquella division, segun la cual la justicia es ó universal que comprende en si todas las virtudes, ó particular que versa sobre la que es contraria á la avaricia. (2) Es falso, como enseñó muy bien Hugo Grocio *de J. B. et P. L. 1. c. 1. §. 8.* que la justicia distributiva tenga lugar en los premios y penas, y la conmutativa en los contratos. Por ejemplo, el hurto se paga por Derecho romano con el duplo. Supongamos ahora que un ladron es tan diestro que parece tener

todo su ingenio puesto en los dedos, y otro tan estúpido, que tenga el alma como por via de sal para no pudrirse: ¿por ventura se castigará por eso á este con él triplo, cuádruplo, quiniuplo? Finalmente, supongamos que Pedro, siervo, tiene tres señores, Juan, Diego y Pelayo, que Juan tiene en él la mitad, y Diego y Pelayo la cuarta parte. Juan estipuló para sus señores ciento. ¿Acaso se distribuirá esta suma igualmente entre sus señores, porque proviene de un contrato la obligacion? No por cierto: Juan recibirá cincuenta, y los otros dos veinticinco cada uno. §. 3. *Inst. de stip. ser.* Hemos visto ejemplos donde no se observa perfectamente la igualdad en distribuir; y otro donde solo se observa en los contratos la jeométrica. Luego muy bien podemos carecer de una division hecha con tanta inexactitud.

#### §. XXIV y XXV.

Pasemos á la segunda parte de este título, que trata de la jurisprudencia. De esta daremos dos definiciones, una antigua que trae el §. 1. *Inst. h. t.* y la *L. 10. §. 1. ff. h. t.*; y otra nueva hecha por nosotros, por ser aquella poco exacta. Defínela Ulpiano en dicha *Ley 10. §. 1.*, diciendo: que la jurisprudencia *es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, y la ciencia de lo justo y de lo injusto.* El conocimiento de las cosas divinas y humanas no es mas que la filosofía que definen así todos los antiguos, y Ulpiano la toma como jénero. Mas por cuanto la filosofía trata de lo verdadero, de lo falso en la lójica, de lo bueno y malo en la filosofía moral, de lo útil en la política, de las causas de las cosas naturales

en la física, cuyas ciencias no abraza la jurisprudencia, añade como diferencia específica *el conocimiento de lo justo y lo injusto*; de suerte, que el sentido viene á ser: que la jurisprudencia es una filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y lo injusto. Asi Ulpiano, pero con poco acierto. Porque es falso que la jurisprudencia sea ni filosofía ni parte de ella; pues la filosofía deduce sus doctrinas de sola la recta razon, como único principio de conocerlas, y la jurisprudencia de la ley escrita, aun cuando no sean conocidas por la recta razon. Si, por ejemplo, enseña la jurisprudencia que se debe ahorcar al ladron, será justo, porque lo manda la ley, aunque no lo dicte la recta razon (2). Esta definicion trae su origen de la emulacion que antiguamente hubo entre los filósofos y los jurisconsultos, que se despreciaban unos á otros, segun es de ver por la L. 1. §. 1. ff. de *Just. et Jure*; la L. 8. §. 4. de *Excus. tut.* y la L. 1. §. 5. ff. de *Ext. Cogn.* Los jurisconsultos juzgaban seguir la verdadera filosofía, porque procuraban hacer mejores á los hombres por medio de los premios y los castigos. D. L. 1. §. 1. ff. de *Just. et Jure*. A cuyo dictámen se adhirió el filósofo Eufrates, segun refiere Plinio en el L. 1. ep. X., afirmando ser una parte de la filosofía, la mas escelente sin duda, tratar de los negocios públicos, conocer, juzgar, promover y ejercer la justicia, y practicar las mismas cosas que enseñan; cuyo oficio es el de los jurisconsultos. Y asi esta emulacion entre los jurisconsultos y los filósofos es la verdadera razon por que Ulpiano definió la jurisprudencia dándola los atributos que los filósofos juzgaban propios de la filosofía. Pero una definicion producida por la rivalidad,

es la mayor parte de las veces defectuosa y poco exacta.

§. XXVI.

Asi que, daremos nosotros una definicion mas esmerada, diciendo que la jurisprudencia es *un hábito práctico de interpretar rectamente las leyes, y aplicarlas con acierto á todos los casos que puedan ocurrir*. El jénero en esta definicion es *hábito práctico*; porque no aprendemos las leyes por mera especulacion, sino para ponerlas en uso. El fisico, por ejemplo, solamente investiga qué cosa sea el viento: en sabiéndolo, ha logrado su objeto, aunque jamás aprenda á producirle. Pero el jurisconsulto no aprende lo que es contrato, restitution in integrum, demanda, etc., para deleitarse con este conocimiento, sino para formar los contratos con cautela, y si es necesario para pedir en el foro por sí ó por otros la restitution in integrum, ó poder hacer una petition, y presentarla en el tribunal, si alguno se atreve á usurparle sus derechos, etc. Luego todas estas cosas son prácticas, y por tanto, definimos la jurisprudencia *hábito práctico*.

§. XXVII.

La diferencia específica que distingue la jurisprudencia de las demas ciencias prácticas, es la *interpretacion y aplicacion de las leyes*, y por eso añadimos *de interpretar rectamente las leyes, y aplicarlas con acierto á todos los casos que puedan ocurrir*. Asi que, el jurisconsulto primero sabe las leyes, después las interpreta rectamente, y por último las aplica con acierto á los

casos que todos los dias se ofrecen en la vida civil. Estos tres requisitos están de tal suerte enlazados, que el que los sepere y desuna, no podrá llamarse jurisconsulto. En afecto, el que sabe las leyes, pero no las interpreta rectamente, mas bien que jurisconsulto deberá llamarse *Leguleyo*. El que las sabe y las interpreta, pero no las aplica, es *jurisperito*, mas no jurisconsulto. Y el que verdaderamente se consagra á la práctica y al foro, pero está destituido de ciencia y los ausilios que presta la interpretacion, se llamará *Rábula*. Finalmente aquel que sabe las leyes, las interpreta bien, y las aplica debidamente á los casos que ocurren, es el que en realidad merece el nombre de jurisconsulto. Asi, pues, en el párrafo siguiente hablaremos de la interpretacion del derecho, y de su aplicacion en el párrafo 29.

## §. XXVIII.

Interpretar es saber el espíritu y fuerza de las leyes, mas bien que atenerse á lo literal de ellas. *L. 17. ff. de legibus*. La interpretacion, pues, ó la hace el legislador, y entonces se llama *auténtica*; ó el juez, y se llama *usual*; ó el jurisconsulto, y se dice *doctrinal*. *Auténtica* es cuando la ley es tan obscura que es preciso consultar al legislador para saber qué sentido la quiso dar. De esta interpretacion trata la *L. 11. ff. de leg.* Por ejemplo, dispone la ley que solo el dueño pueda perseguir la cosa hurtada, *L. 1. ff. de conditione furtiva*; pero habia ya perecido parte de lo que se habia hurtado; y el juez dudaba si en este caso tenia lugar el rigor de la ley, y asi se consultó al emperador Alejandro, quien

por la *L. I. C. de his quae vi metusque causa* mandó que se pudiera perseguir la cosa hurtada aun cuando hubiese perecido.

*Usual* es cuando el juez interpreta las leyes por las causas juzgadas antes; de cuya interpretacion se trata en la *L. 12. ff. de legibus*. De aqui es que se consultan muchas veces las decisiones antiguas, y se saca de ellas la interpretacion, siempre que en la curia se suscita alguna duda sobre el modo de interpretar tal ó cual ley; y esta interpretacion se llama usual, porque se toma del uso ó de la práctica pasada.

Llámase finalmente *Doctrinal*, cuando los doctores ó jurisconsultos esplican la ley segun las reglas de la recta interpretacion, de que habla la *L. 13. ff. de LL*. A esta interpretacion pertenecen todos los comentarios á las leyes y los escritos de los jurisconsultos, los cuales tienen alguna autoridad cuando observan las reglas de la buena interpretacion; pues valen tanto quanto valen las razones alegadas en ellos. La *doctrinal* es de tres maneras, *estensiva*, *restrictiva* y *declarativa*. *Estensiva* es cuando se estiende mas la razon de la ley que sus palabras, y por lo mismo la interpretacion comprende casos que no están espresados en la ley. Por ejemplo, si prohibiera el príncipe bajo la pena de confiscacion de bienes, que nadie estrajese trigo de su reino, y un comerciante movido del interes, esportase el trigo en harinas, incurrirá en la pena aun cuando la ley no hablase una palabra de las harinas. Porque siendo el objeto del legislador que no se viese el reino asijido por la carestía del trigo, sufriría lo mismo estraido este que estraida la harina. Al contrario, *restrictiva* es cuan-

do las palabras de la ley se estienden mas que la razon que la motivó, y asi por la interpretacion se escluye el caso comprendido en el texto literal, por no ser objeto del legislador. Por ejemplo, en Bolonia habia una ley, segun refiere Ever. *Topic. Legat. Lib. II. Tit. 8*, que condenaba á muerte á todo el que derramase sangre en la plaza pública. Habiendo dado á uno una hemiplejía en la plaza pública, le sangró allí mismo un barbero; ¿habia este incurrido en la pena? No por cierto, aun cuando estaba comprendido en las palabras jenerales de la ley. Porque la razon de esta era la seguridad pública, la cual no se turbaba por la picadura de la vena. Finalmente es *declarativa*, cuando las palabras de la ley indican lo mismo que se propuso el legislador al dictarla, y asi solo se necesita explicar las palabras para entenderla bien. Hay una que dice: téngase por ley lo que disponga el padre de familias acerca de sus bienes ó la tutela de sus hijos. Aqui se entenderá toda la ley con explicar quién es padre de familias, y qué se entiende por bienes y por hijos.

## §. XXIX.

A la interpretacion de las leyes se sigue su *aplicacion*, de la cual con elegantísimas palabras nos enseña Ciceron, *Lib. I. de Orat. c. 18*, en qué consiste. Se dice que aplica el derecho ó segun la frase de hoy, está versado en la práctica, aquel que está instruido en el derecho lo suficiente (1) para *responder*, cuyo cargo pertenece á los jurisconsultos, especialmente en las academias alemanas, donde todos los dias responden á los que

los consultan sobre varios casos (2): para *defender*, oficio propio de los abogados y procuradores, que proponen en el foro los deseos de otros (3): para *precaver*, lo cual hacen los abogados y notarios, quienes deben instruir á los que han de celebrar un contrato ú otorgar un testamento, ó tratar cualquier otro negocio civil, sobre lo que deben tener presente para no ser engañados, ó que no sea nulo el acto (4); nosotros añadimos para *juzgar*, cuyo oficio es el de los jueces, quienes oido el derecho de las partes, y aprobados los hechos, esto es, conocida la causa, pronuncian la sentencia segun lo actuado y probado. El que sabe bien todas estas cosas, es juriconsulto, y como en otro lugar se espresa Ciceron, oráculo de toda la ciudad.

### §. XXX y XXXI.

A la definicion de la jurisprudencia siguen algunas divisiones; de las cuales es la primera que el derecho es ó *público* ó *privado*, cuya division se toma no del fin, sino del objeto. Pues por razon del fin toda la jurisprudencia es pública, porque está dispuesta para la pública utilidad. De aqui es que muchas veces se llama derecho público al privado, como en la *L. 38. ff. de Pactis*; *L. 8. ff. de Tutel.* *L. 29. ff. de Testam. Tut.*; *L. 9. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt*; donde atendiendo al fin á al orijen, se dice que la tutela es del derecho público, cuando por razon del objeto no pertenece á este, *L. 6. §. 1. ff. de excusat.* Pero como he dicho, se divide muy bien respecto al objeto en público y privado. Pues uno es el derecho que versa acerca de los negocios

públicos, por ejemplo, acerca de los derechos de los que mandan, acerca de la guerra, la paz, las embajadas, las confederaciones, y otro el que trata de los negocios privados, á saber, de lo mio y tuyo; por ejemplo, de los contratos, pactos, testamentos, legados. Con lo cual entenderemos fácilmente las definiciones de uno y otro derecho. A saber, el derecho público es el que dispone del estado y derechos de las cosas públicas, esto es, el que enseña cuáles sean los derechos de los imperantes, cuáles los de los súbditos, y las relaciones entre unos y otros, etc.; de donde resultan tantos derechos públicos como hay repúblicas. Al contrario, privado es que tiene por fin la utilidad de cada uno de los individuos de la sociedad, esto es, lo mio y tuyo, ó el patrimonio de los súbditos. De aqui es que si, por ejemplo, pido por la accion de hurto la restitution del duplo ó cuadruplo, esta accion es del derecho privado, porque pertenece al patrimonio de los particulares. Al contrario, si el fiscal acusa al ladron para que se le ahorque, esta acusacion será de derecho público; porque no se trata en ella de lo mio y tuyo, sino de la seguridad de la república, á la cual interesa sobremanera quitar de en medio á los ladrones.

## TITULO II.

*Del derecho natural, de jentes y civil.*

§. XXXIII.

La rúbrica del título nos está diciendo que tiene tres partes. Pues se trata (1) del Derecho

natural §. 33-36, (2) del Derecho de jentes §. 37-42, (3) y del civil §. 43-74. Se trata de varias divisiones del derecho, que esplicaremos tomando la cosa de bien atras.

Se observa que la palabra *derecho* se entiende de varios modos en la *L. 11. y 12. ff. de Just. et Jur.* En este título entendemos por *derecho la union de todas las leyes de un mismo jénero*. Luego segun son las leyes que se juntan en un cuerpo ó sistema, asi es el derecho, y el nombre que recibe. Por ejemplo, si junto en un cuerpo todas las leyes eclesiásticas, tengo el derecho eclesiástico: si feudales, tengo el derecho feudal: si marítimas, el derecho marítimo; y si civiles, el derecho civil.

#### §. XXXIV.

De aqui se deriva la primera division del derecho, que es en *divino y humano*. Divino es el que comprende todas las leyes dadas por el mismo Dios: humano las dadas por los hombres. Habiendo un poco antes enseñado en el §. 33 que tal es el derecho cuales son las leyes, se sigue necesariamente que de las leyes divinas nace el derecho divino, y de las humanas el humano. Todo esto es muy fácil de entenderse.

#### §. XXXV.

El divino se divide en *natural y en positivo*. Dios es el supremo lejislador; y el lejislador no solo medita las layes, sino que tambien las promulga, porque no puede obligar ninguna ley antes de promulgarse. Por esto es ridículo lo que en el c. 41. refiere Suetonio de C. Calígula, que

espuso una ley con letras muy pequeñas, y en un sitio estrechísimo, para que nadie pudiera entenderla, como si obligase le ley que no es conocida de los súbditos por la promulgacion. Asi, Dios como lejislador supremo, promulga sus leyes, para que las puedan conocer los hombres; y esto ó por medio de la *razon*, de suerte, que si un hombre quiere discurrir consigo mismo, pueda conocer inmediatamente lo que es justo; ó por la *revelacion*, esto es, la sagrada Escritura (\*), de manera que los que la lean entiendan su voluntad. Ahora, pues, el derecho que se conoce por la razon, se llama derecho natural; el que por la revelacion de la sagrada Escritura (\*\*), positivo. Por ejemplo, la recta razon enseña que los homicidios son ilícitos; luego esto es del derecho natural. Mas no enseña la razon que se debe guardar el sábadó, que los cristianos se deben purificar por el bautismo, etc.: luego estas cosas son del derecho divino positivo.

### §. XXXVI y XXXVII.

Vamos ahora á ver 1) cuál es la definicion que en el derecho romano se da del derecho natural y del de jentes, §. 36-39. (2) Cómo podrán definirse con mas exactitud segun principios mas sanos, §. 40-41. El derecho natural en sentir de Ulpiano, *L. I. §. 3. ff. de J. et J.* y de Justinia-

(\*) Es dogma católico que la divina *revelacion* se contiene en la sagrada Escritura; pero no en sola la sagrada Escritura, sino tambien en las divinas tradiciones con arreglo al decreto del Concilio Tridentino, *Sesion 4.*

(\*\*) Y la tradicion. Véase el citado decreto del Conc. Tridentino.

no, pr. *Inst. h. t.*, es el que la naturaleza enseñó á todos los animales, y derecho de jentes el que es comun á solos los hombres entre sí. Pero contra estas definiciones hay mucho que objetar. Porque (1) los animales brutos están destituidos de razon; y lo que carece de razon, no puede ser obligado con leyes. Quién iria á prescribir leyes á un árbol para que bailase, á un caballo para que cantase, y á un cabron para que fuese casto? Estas cosas carecen de razon, y por consiguiente ni entienden las leyes, ni estas pueden obligarlas. Si no pueden ser obligadas por leyes, son incapaces de derecho, y por tanto es falso el que la naturaleza ha enseñado el derecho natural á todos los animales.

(2) No se pueden dar ejemplos de este derecho comun á los animales con el hombre. En el *princ. Inst. h. t.* se citan como tales la union del macho y la hembra, y la crianza de los hijos. Pero aunque confesemos que los brutos se juntan, procrean el feto, y crian sus hijuelos, no lo hacen por obligacion del derecho, sino por impulso de la naturaleza, sin saber lo que hacen.

Cómo, pues, incurrieron los antiguos en errores como los que muestran estas definiciones? Algunos pretenden que los estoicos, quienes siguieron los jurisconsultos, concedian racionalidad á los brutos. Pero ni los estoicos hicieron semejante cosa, como nos enseñan el libro de Plutarco, intitulado *de Solertia animalium*, ni tampoco los jurisconsultos, quienes en la *L. 1. §. 3. ff. si quadr. paup. fec.*, dicen que los brutos carecen de entendimiento. Luego la verdadera hipótesis de los estoicos y de los jurisconsultos, fue como sigue: vivir segun el derecho natural, es vivir se-

gun la naturaleza: la naturaleza ó es comun á los brutos con el hombre, ó propia del hombre: vivir segun aquella, es vivir segun el derecho de la naturaleza: vivir segun esta, es vivir conforme á las reglas del derecho de jentes. Y de aqui nacen las dos definiciones que hemos dado: por ejemplo, defenderse de los agresores es comun á los brutos y á los hombres: luego es del derecho natural. Pero guardar los pactos, es propio de la naturaleza humana, porque los brutos no pactan; luego es del derecho de jentes. Por la *L. 1. §. 3. 4. ff. de Just. et Jure* se ve claramente que esta fue la verdadera opinion de los jurisconsultos antiguos. Pero si supieron los antiguos que no habia obligacion en los brutos, y que por lo mismo no se les podia suponer derecho, por qué les concedieron sin embargo derecho natural? Oigamos á Cujacio dar una respuesta elegante á esta objecion en la *Not. 1. ad. pr. Inst. h. t. Los brutos*, dice, *no son capaces de derecho, porque tampoco lo son de recibir injuria, y no teniendo razon, no pueden tener derecho. Pero si lo que los brutos hacen por incitacion natural es hecho por los hombres, estos lo hacen por derecho natural.* Luego segun la opinion de los estoicos y jurisconsultos, si por ejemplo los brutos se defienden por impulso natural, lo hacen sin razon ni consejo. Si los hombres hacen esto mismo con consejo y razon, entonces se dice de ellos que obran segun el derecho natural.

### §. XXXVIII y XXXIX.

De dos modos era para los antiguos el derecho de jentes, primario y secundario. *Primario*

es aquel derecho que la razon natural prescribe á todos los hombres, y se guarda igualmente por todos: §. 5. *Inst. h. t. Secundario* es el que se ha introducido por exigirlo el uso y las necesidades humanas: §. 1. *Inst. eod.* Luego se diferencian estos derechos 1) por razon del orijen: el primero proviene de la misma razon, ó por mejor decir de Dios, que es su autor: el secundario, le introdujeron las naciones por un pacto tácito. Por ejemplo, la razon enseña á todos los hombres que se deben cumplir los pactos; mas el hacerse siervos los prisioneros de guerra, lo establecieron entre sí las naciones por medio de un pacto tácito. Luego la primera disposicion es del derecho de jentes primario: la segunda del secundario. 2) Se diferencian por la materia. El derecho primario es absoluto, porque obliga absolutamente al hombre como hombre: por ejemplo, la religion para con Dios, la santidad de los pactos. El derecho secundario es hipotético: no existiria, sino supusiéramos ciertas necesidades ó ciertos estados de cosas. Asi, por ejemplo, el hurto no seria prohibido, sino supusiéramos introducido el dominio de las cosas; la guerra no seria de derecho, sino diéramos por supuesto un estado en que los hombres carecen de jueces.

### §. XL.

Hasta aqui hemos espuesto la doctrina de los antiguos respecto del derecho de la *naturaleza y de las jentes*; pero se podrán definir mas exactamente ambos derechos? Nadie puede negarlo. Desde que los modernos cultivaron con mas esmero el derecho de la naturaleza, advirtieron que

su definicion no debia tomarse mas que del autor de ella y del modo de promulgarse. Siendo su autor Dios, y habiéndose hecho la promulgacion de este derecho por la recta razon, se definirá muy bien diciendo que es *un Dios promulgado por el mismo Dios al jénero humano por medio de la recta razon*. Casi del mismo modo formó el Apóstol idea del derecho de la naturaleza, cuando la llamó ley inscrita hasta en los corazones de los jentiles. *Rom. 2. 15*. Y se dice que este derecho está inscripto en los corazones de todos, en el sentido de que le conocen todos inmediatamente por la recta razon, con tal que usen de ella y quieran consultarla. Por esta definicion vemos igualmente (1), que es falso lo que con los escolásticos enseña Grocio, *J. B. et P. §. 11. de proleg.*, que habria algun derecho de la naturaleza, aun cuando dijésemos, lo que no se puede decir sin gran impiedad, que no hay Dios, ó que no cuida de las acciones humanas. En esto se equivoca mucho este gran varon; porque derecho es la union de todas las leyes en un mismo jénero (§. 33): luego donde no hay ninguna ley, no hay ningun derecho: y ninguna ley seguramente puede haber donde no hay lejislador, donde no hay Dios: luego no existiendo Dios, no existe el derecho de la naturaleza. Es verdad que podria el ateo, aunque negase la existencia de Dios, vivir segun los preceptos del derecho natural, abstenerse de hurtos, muertes, injurias; pero entouces no lo haria por obediencia al derecho, sino por su propia utilidad, porque veria que de otro modo no podria vivir en la sociedad. Por esta definicion vemos tambien (2) que el derecho de la naturaleza es inmutable, §. 11. *Inst. h. t.*, puesto que lo es la voluntad de

Dios, de donde nace, y la razon por cuyo medio se promulga. Si se mudase el derecho de la naturaleza, ó Dios dejaria de ser Dios, ó el derecho de la naturaleza, conforme, antes de la mudanza, con la razon, seria contrario á esta despues de la mudanza; lo cual es un absurdo. Luego no puede mudarse el derecho de la naturaleza. Pero en la *L. 6. pr. ff. de Just. et Jure*, no se dice que se muda por el derecho civil? no por cierto. Porque (1) se distingue entre el derecho natural *permisivo* y el *preceptivo*. El jénero humano puede renunciar el *permisivo* como derecho introducido en su favor; pero no puede mudarse el *preceptivo*. Y de aquel habla principalmente la *L. 6. pr.* Por ejemplo, hay una ley preceptiva que dice: á nadie dañes. Ninguna ley civil puede mudar esta disposicion, y si algun príncipe ó tirano se atreviera á ello, tendria lugar el dicho de los Apóstoles: Act. 5. 29: antes se debe obedecer á Dios que á los hombres. (2) Deberase distinguir entre mudar el derecho, y atemperarle al estado de la república. No puede hacerse lo primero, pero sí puede hacer lo segundo cualquier legislador; porque deja intacto el derecho de la naturaleza, y solamente le añade ciertas circunstancias. Por ejemplo, la obligacion de cumplir los pactos es del derecho natural. El derecho civil añade la circunstancia de que los pactos no sean nudos, sino juntos con cierta estipulacion. Luego no muda la regla, sino que añade la circunstancia que parecia exigir el estado de la república. Y de esta atemperacion del derecho natural al estado civil es de la que habla en *d. L. 6. pr. de Just. et Jure*.

## §. XLI.

Hemos definido el derecho natural; ¿cómo definiremos el de jentes? diciendo que *es el mismo derecho natural aplicados á los negocios y causas de todas las naciones*. Luego el derecho natural y de jentes no son dos derechos diversos, como creyeron los antiguos juriconsultos escolásticos, y el mismo Grocio, sino uno y mismo derecho, llamado, ya derecho natural, ya de jentes, segun el diverso objeto á que se aplica. Si concierne á los negocios y causas de los particulares, se llama derecho natural; y derecho de jentes, á los de las naciones; v. gr., el guardarse los pactos es una ley del derecho natural. Si suponemos que Pedro prometió á Juan cien escudos, y no se los dió, diremos que Pedro violó el derecho de la naturaleza, porque ambos á dos son particulares; mas si suponemos una confederacion entre la España y la Francia, y que cualquier de ellas no cumplió con las condiciones de la confederacion, diremos que quebrantó el derecho de jentes; y con todo eso el mismo derecho manda cumplir ambos pactos. Algunos objetan sin embargo que aquellas cosas que son del derecho de jentes secundario no pueden derivarse del derecho natural; v. gr., las guerras, la esclavitud, etc., y que por lo tanto se da derecho de jentes diverso del derecho natural. Debe verse á Sam. Raehelius en su *diss. singul. de Jure Gentium*, et B. Huberus, *digress. lib. 5. c. 9*. Pero ya demostró Pufendorf que todas aquellas cosas que solian referirse el derecho de jentes secundario, ó eran verdaderamente del derecho natural, como la

guerra, ó solamente se derivaban de las costumbres de las naciones, y por lo mismo eran mas del derecho civil que del de jentes; v. gr. la esclavitud de los prisioneros de guerra, el derecho de sepultura, etc. Por consecuencia de todo lo dicho queda establecido que no hay derecho de jentes diverso del derecho natural.

### §. XLII.

Volvamos á la division anterior. El derecho era ó divino ó humano: el divino se dividia en natural y en positivo. Hasta aqui hemos tratado del natural, síguese ya el positivo. El derecho divino positivo *es aquel que promulgado por las sagradas Escrituras (\*) no se conoce por medio de sola la recta razon.* Luego se diferencia muchísimo del natural, aunque entrambos provengan de Dios. Pues (1) el natural está promulgado por la razon; el positivo por las sagradas Escrituras (\*\*). (2) Aquel es de perpétua necesidad, y así está unido con la recta razon, para que con solo ella le conozcan aun los mismo jentiles. Pero este último no es de perpétua necesidad, sino que depende de la libre voluntad de Dios, y por lo mismo ignoraria el hombre que tal cosa es justa, á no enseñárselo las sagradas Escrituras (\*\*\*) : v. gr., los preceptos que Dios habia impuesto á los Israelitas de la circuncision, sacrificios, prohibicion de comer de los animales impuros, eran

(\*) Y las *Tradiciones*. V. el lug. cit. del Conc. Trid.

(\*\*) O por la *Tradicion*. Ib.

(\*\*\*) O la *Tradicion*. Por esta conocemos igualmente la voluntad de Dios. Ibid.

leyes divinas, pero no de absoluta necesidad; ni la razon podria dictar á los judíos que era ilícito comer puerco ó liebre, á no habérselo revelado la Escritura. Este derecho divino positivo se divide en *universal* y *particular*. Llamam *universal* al que es comun á todo el jénero humano, v. gr., las leyes del *Genes.* 9. 6. *Levit.* 18. 20. *Particular* el que es propio de la nacion judaica, v. gr., las leyes de la circuncision, de los sacrificios, sobre la comida de los animales, la lepra, y las demas leyes ceremoniales y forenses. Hay algunos que ponen objeciones á este derecho universal positivo, y niegan su existencia; pero en otro lugar trataremos de esta controversia que no está al alcance de los principiantes.

## §. XLIII.

Pasamos á tratar del derecho humano ó civil, que es la tercera parte de este título. Dícese que el derecho civil *es el que cada pueblo establece para sí mismo, y es propio de cada ciudad.* L. 9. ff. de *Just. et Jure.* Asi que, se diferencia del derecho natural y de jentes, en que este no es propio de una nacion ó ciudad, sino que es comun á todo el jénero humano. Efectivamente, cada nacion de por sí manda ó prohíbe muchas cosas que ni son torpes ni honestas, pero que empiezan á ser justas, porque lo exige la utilidad de la república. V. gr., el cazar fieras no es injusto, y sin embargo puede prohibirse por el derecho civil de muchas naciones, mientras que otras lo permiten. Asi, el servir en la milicia no es en sí ni torpe ni honesto; pero sin embargo, la ley romana mandaba á todos los injénuos militar por

cierto número de años. Luego todas las leyes que cada pueblo en particular establece acerca de estas cosas, son de derecho civil. De aquí se deduce (1), que el derecho civil no es uno mismo para todas las naciones, porque tampoco para todas es igualmente útil ó perjudicial una misma cosa. (2) Que hay tantos derechos civiles como ciudades ó repúblicas. Mas sin embargo (3), por cuanto los moradores de la mayor parte de los pueblos se sometieron voluntariamente al derecho romano por su grande equidad, este derecho se llama por excelencia derecho civil, y tambien derecho comun. Y asi, cuando hablamos del derecho civil ó comun, la mayor parte de las veces lo decimos por el derecho romano.

#### §. XLIV.

Este derecho civil se divide en escrito y no escrito. Pero ante todas cosas, debe notarse que aquí no se toma gramaticalmente la palabra escribir por estender en el papel los pensamientos, pues hay derecho escrito que nunca se ha reducido á letras, y se da tambien derecho no escrito, aun cuando esté consignado en escritura; v. gr., las costumbres feudales que se hallan en el cuerpo del derecho. Pues ¿que entienden los jurisconsultos por escribir si no toman esta palabra en el sentido gramatical? Entre los jurisconsultos la palabra *escribir* es lo mismo que *promulgar*; derecho *escrito* quiere decir *promulgado*; derecho *no escrito*, *no promulgado*; cuya significacion no fue desconocida de los griegos. Luego de cualquier modo que el derecho se ha promulgado espresamente, bien sea por medio de la escri-

tura, ó del pregonero, ó de cualquier otro modo, se llama derecho escrito, ó reducido á escritura. Asi es, por ejemplo, que los lacedemonios usaron de derecho escrito, aunque jamás se redujeron á escritura las leyes de Licurgo. Luego siempre que el derecho haya ido adquiriendo fuerza obligatoria en la república tácitamente y sin promulgacion, bien se haya reducido á escrito, ó bien no, se llamará derecho no escrito, v. gr., las costumbres feudales. Por esto conocemos que Justiniano en el §. 10. *Inst. h. t.*, derivó con poca exactitud esta division del derecho de las costumbres de los lacedemonios y atenienses, como si aquellos hubieran usado del derecho no escrito, y estos del escrito, cuando una y otra ciudad se regía por derecho escrito, puesto que Licurgo, igualmente que Solon, habia promulgado solemnemente sus leyes, aunque no quiso que se escribiesen. Luego erró Justiniano, á no ser que tomase el derecho no escrito en el sentido gramatical: en cuya suposicion no cabe duda que los atenienses usaron del derecho escrito, y los lacedemonios del no escrito. Mas entonces será falso que esta division traiga su orígen de aquellas ciudades.

## §. XLV.

Seis son las especies del derecho escrito: (1) ley, de la cual se trata en el §. 46; (2) plebiscito, §. 47; (3) senadoconsulto, §. 48-50; (4) decretos de los príncipes ó constituciones, §. 51-63; (5) edictos de los majistrados, §. 64-66; y finalmente (6) las respuestas de los jurisconsultos, §. 67-70. Por este órden se enumeran en el §. 3. *Ins. h. t.*, las especies del derecho escrito. Pero puede nacer

alguna duda de dos lugares que parecen oponerse. En este párrafo se dice que es derecho escrito el orijinado de las respuestas de los prudentes; por el contrario, la L. 2. §. 5 y 12. ff. de origine juris, dice que no está escrito, y que solo consiste en la interpretacion de los jurisconsultos. Pero esto se salva distinguiendo los tiempos. Al principio es verdad que las respuestas de los jurisconsultos fueron un derecho no escrito, puesto que jamás se publicaron como leyes, sino que fueron tácitamente adquiriendo fuerza de ley en el foro. Mas desde que Justiniano la incluyó en el Dijesto, y mandó que se observaran por todos como leyes, empezaron á ser derecho escrito, como solemnemente promulgado. Volvamos á cada una de las especies del derecho escrito.

## §. XLVI.

La primera de ellas es la ley. No se toma en este lugar la palabra ley en el sentido moderno, en el que se llama asi todo precepto de los supremos imperantes, sino en el sentido romano. Por lo cual esplicaremos el modo de hacerse las leyes en Roma. En primer lugar (1) se escribia la ley por el cónsul, pretor, dictador, ó cualquier otro majistrado, y se comunicaba al senado. (2) Si agradaba á este, se hacia un senadoconsulto para dar la ley. (3) Despues se promulgaba, es decir, se esponia públicamente por tres ferias, esto es, veintisiete dias, para que todos los ciudadanos la pudieran leer y examinar. (4) En seguida se convocaban los comicios, á los cuales asistian todos los ciudadanos. (5) Hechos los sacrificios, se presentaba el majistrado senatorio, y proponia la ley con esta fórmula: ¿quereis mandar, caballe-

ros, que se reciba esta ley? (6) Despues se distribuian á cada ciudadano dos tablas, una con la letra A. (apruebo las leyes antiguas), y otra con las letras V. R. (como lo pides). Despues (7) iban separadamente los ciudadanos por curias (\*) ó

(\*) La ciudad de Roma fue dividida al principio por Rómulo en tres tribus, y cada tribu en diez cuarteles ó curias, con sus ejercicios de religion y jefes oportunos, al modo que hoy están nuestros pueblos divididos en parroquias; y el sacerdote ó el que cuidaba de los sacrificios de cada curia se llamaba curion, á *sacris curandis*. En los primeros años de la fundacion de Roma se juntaba el pueblo romano por curias, porque aun no estaba dividido en centurias, sino solamente en tres tribus; y de este modo se elegian los reyes y los majistrados, y se establecian las leyes y las ordenanzas. En estas mismas asambleas de las curias, se administraba la justicia tomando los votos del pueblo; pero en adelante solo se tenian para elegir los flamines ó sacerdotes de Júpiter, de Marte y de Rómulo; y el gran curion y cada curia elegia por su curion ó sacerdote á aquel que le guardaba. Las asambleas mas antiguas del pueblo romano, y aun las únicas que tuvo en mucho tiempo, se llamaban en latin *comitia curiata*, juntas del pueblo romano por curias ó cuarteles, porque solo asistian á ellas los habitantes en Roma. Estas asambleas se tenian en un lugar llamado *Comitium*, y las presidian al principio los reyes, y despues los majistrados mayores; y cuando era para elegir flamines ó curion máximo, los presidia el pontífice.

### TRIBUS.

Luego que Rómulo fundó su ciudad, mandó numerar los ciudadanos, que solo eran mil de á pie y trecientos de caballería, dividiéndolos en tres tribus iguales. El robo de las Sabinas que fue á los tres meses de su establecimiento, y las victorias primeras que consiguió contra los ceninianos, atemnatas y cruztinianos, aumentaron insensiblemente su número; de modo que antes de concluir Rómulo su reinado, se contaban en Roma cuarenta y siete mil hombres, todos soldados de igual espíritu y valor. Consi-

centurias, y (\*) echaban en una cestilla una de las dos tablas. Por consiguiente era válido lo que

derando Tarquino Prisco, quinto rey de Roma, el mucho aumento á que habia llegado la ciudad y pueblo romano, añadió tres tribus á las que Rómulo habia establecido, cuyo número fue creciendo de tal modo, que en el año 512 de Roma se contaban ya treinta y cinco, y las unas se llamaban en latin *urbanae*; esto es, de la ciudad, y las otras *rusticae*, del campo: de modo que los que habitaban en Roma componian las tribus urbanas, y los que vivian en la campaña, las rústicas; pero las tribus urbanas que fueron al principio las mas distinguidas, se vieron en adelante las mas despreciadas; porque siendo censor Apio Claudio en el año 446 de la fundacion de Roma, y queriendo poner al pueblo de su partido, introdujo en ellas á los mas ínfimos de la plebe de la ciudad; de donde retirándose las mas antiguas y considerables familias, quisieron mejor entrar ó alistarse en las tribus rústicas ó del campo en donde poseian sus bienes. Esto fue causa de que la voz *tribu* no indicara en adelante la residencia de los que la componian, sino su recepcion en una cierta parte del pueblo; y solo quedaron cuatro urbanas ó de la ciudad, que se llamaban en latin *suburana*, *esquilina*, *colina* et *palatina*, de los cuatro cuarteles de la ciudad. Las otras treinta y una tribus eran rústicas, y tomaban el nombre de algun lugar ó de alguna familia ilustre. Estas tribus se juntaban de ordinario en el campo de Marte ó en la plaza de Roma, para elejir los majistrados de segundo órden, como tribunos del pueblo, ediles, triumviros, procónsules, &c., para establecer las leyes que llamaban *plebiscita*, y para otros asuntos semejantes. Estas asambleas se llamaban en latin *comitia tributa*, por tribus, y eran diferentes de las juntas que hacia el pueblo por curias, llamadas *comitia curiata*, porque estas se componian solo de habitantes naturales de la ciudad de Roma, y las otras que podian convocar los tribunos, comprendian, ademas de los habitantes de Roma, á todos los de las ciudades de Italia que estaban agregados á ella, y que habian obtenido el derecho de ciudadanos romanos.

(\*) Las asambleas del pueblo por centurias, en latin *co-*

querian los ciudadanos, y podian aprobar la ley ó desecharla. (8) Por último, contadas las tablas, si se hallaba mayor número con la letra A., se tenia la ley por desecheda; pero si se hallaban

*mitia centuriata*, eran las mas solemnes, y solo podian convocarlas los cónsules, los pretores, los censores, los dictadores y los decemviros, y habia de preceder decreto del senado para su convocacion. Servio Tulio, sexto rey de Roma, fue quien estableció las centurias, cuando haciendo el primer censo del pueblo, le dividió en seis clases ó cuadrillas, y cada clase en muchas centurias. La primera que se componia de los mas ricos, se dividió en ochenta centurias, incluyéndose en las cuarenta todos los que eran capaces de manejar las armas; y en las otras cuarenta las personas ancianas que habian de quedarse en la ciudad. La segunda clase era de veinte centurias, componiéndose diez de mozos y hombres ya hechos, y otras diez de los mas ancianos, pero que tenian menos caudales que los de primera clase. La tercera y cuarta clase se componian tambien de veinte centurias, la quinta de treinta, y la sexta clase comprendia toda la ínfima plebe, contándose solo por una centuria. El rey Servio Tulio escogió entre los nobles dieziocho centurias de caballeros, y las agregó á la primera clase; de modo que esta clase contenia noventa y ocho centurias. Despues añadió dos centurias de trabajadores y de herreros á la segunda clase, y otras dos de trompetas y tocadores de flauta á la cuarta, lo que hacia un número de ciento y noventa y tres centurias. El pueblo romano se juntaba por centurias cuando se habian de elejir majistrados, establecer leyes, declarar la guerra, examinar los delitos cometidos contra la república, ó contra los privilejios de los ciudadanos romanos; y la asamblea se tenia en el campo de Marte, fuera de la ciudad, cercándola todas las tropas puestas sobre las armas: en ella se tomaban los votos de cada centuria, y lo que aprobaba el mayor número de centurias, era ratificado por todo el pueblo; pero muchas veces no daban su voto las centurias de las últimas clases, porque luego que habia noventa y siete, esto es, una mas que la mitad, de un mismo dictámen,

mas con las letras V. R., se promulgaba la ley. como aprobada que estaba por los votos del pueblo. De esto trato con estension en las *Antig. Rom. h. t.* Ahora ya entenderemos facilmente la

quedaba decidido el asunto, y era inútil tomar los votos de los demas. De este modo el pueblo inferior que estaba en las últimas centurias, tenia mucho menos poder en las asambleas por centurias que las que se hacian por curias ó por tribus. En tiempo de los reyes se observaba para los votos el órden siguiente: las noventa y ocho centurias de la primera clase daban primero su voto; y si todas salian de un acuerdo, quedaba todo terminado y concluido, porque componian el mayor número, no quedando ya mas que noventa y cinco centurias; pero sino se conformaban, se tomaban los votos de las veinte de la segunda clase, y despues los de las otras, hasta que se juntaban noventa y siete de un mismo acuerdo. Durante la república se sorteaban los nombres de las centurias, y la que primero salia era preferida en el voto. Despues del año 512 de la fundacion de Roma, en que se distribuyó el pueblo en treinta y cinco tribus, y que las centurias quedaron comprendidas en ellas, se sorteaba primero el nombre de las tribus para saber la que era preferida, y luego se sorteaba las centurias de esta tribu, y la que salia primero daba su voto antes que las otras. Luego se llamaban las demas centurias de la primera, de la segunda y de las otras clases, segun su órden. Hubo tiempo en que los votos para la eleccion de los majistrados se daban en alta voz; lo que contenia al pueblo, avergonzándose cada uno de dar su voto á personas indignas y capaces de perjudicar á la república; pero en el año de 614 se introdujo el uso de los escrutinios y votos secretos que favorecieron las pretensiones de los malos, abriéndoles camino para llegar á las grandes majistraturas, holgándose el pueblo de complacer á quien queria, sin pasar por la nota de declararse por impolítico ó mal intencionado. Las mesas sobre que se ponian las cestas ó cofres para echar las cédulas cuando se daban los votos se llamaban en latin *Pontes*, porque eran muy altas y estrechas. A cada ciudadano se daban dos

definicion que se da de la ley, diciendo ser lo que el pueblo romano (todo) establece á petición de un majistrado senatorio (como el cónsul, pretor, ó dictador). De aqui se sigue que durante la república libre fueron dos los requisitos de la ley: (1) que la ley se hiciese por todo el pueblo, que constaba de patricios y plebeyos: (2) que se hiciese á petición del majistrado senatorio.

### §. XLVII.

Ahora conoceremos en qué se diferencia la ley del plebiscito. (1) Este no se daba por todo el pueblo, sino por los plebeyos solos; (2) no á propuesta de un majistrado senatorio, sino de uno plebeyo, á saber, algun tribuno de la plebe. Porque habiendo despues de espulsos los reyes, grandes desavenencias entre los patricios y plebeyos, é intentando aquellos establecer la aristocracia, y estos la democracia, se marcharon por último los plebeyos al monte sacro con intencion de no volver á la ciudad mientras no consiguiesen tener un majistrado, cuales eran los tribunos de la plebe (\*), que defendiese á esta

cédulas, de las cuales la una servia para probar, y estaba señalada con la inicial de estas dos palabras: *Uti rogas*: hágase lo que pedís, ó apruebo lo que proponeis: la otra era para negar, y tenia la primera letra de la voz *Antiquo*, que quiere decir anulo, y metafóricamente abrogo, desecho.

(\*) La dignidad de tribuno en Roma significaba en jeneral un hombre que tenia alguna inspeccion; y asi habia tribunos del tesoro, que eran oficiales sacados del pueblo que guardaban los caudales destinados para la guerra, y los distribuía en las urgencias á los cuestores de los ejércitos. Se elejiau los mas ricos, y eran distinguidos en

de las injusticias de los cónsules y del senado. *Liv. l. 11 c. 33. L. 2. §. 20. ff. de orig. jur.* Como estos tribunos fuesen sacrosantos, esto es, inviolables, nada dejaron por hacer á fin de conseguir la republica: tribuno de los céleres, que era el comandante de los céleres ó de la guardia que estableció Rómulo, que fueron cien jóvenes de los mas distinguidos en riquezas, nacimiento y buenas prendas que sacó de cada tribu para que sirvieran á caballo en su guardia; tribunos militares creados por Rómulo, segun Vejecio, y eran como nuestros coroneles. Al principio fueron solo tres. Se distinguian por una especie de puñal que recibian del príncipe al tiempo de su eleccion, por el anillo de oro, un vestido particular y cuatro soldados que los acompañaban: tribuno de las delicias, que era un oficial que cuidaba de las diversiones del pueblo, y de que nada faltase en ellas. Segun Casio Doro, se consideraba como empleo importante y de mérito para ascender. Pero los tribunos del pueblo de que hablamos aqui, eran unos majistrados que sostenian los derechos del pueblo romano, y le defendian de los cónsules, del senado y de los nobles. Su establecimiento fue en el año 159 ó 160 de la fundacion de Roma, poco después de la grande division que hubo entre los senadores y el pueblo, y apaciguó Menenio Agripa, con la condicion de que el senado concederia á el pueblo majistrados de familia plebeya para que conservaran sus derechos y libertad. Cayo Licinio y Lucio Alvino fueron los dos primeros tribunos del pueblo, á los que se asociaron otros tres que se mudaban todos los años; pero Lucio Trevonio aumentó este número hasta diez. La autoridad de los tribunos era muy grande, porque no solamente podian juntar el pueblo, proponerle lo que querian, hacer reglamentos y leyes, sino oponerse á los decretos del senado, anularlos, y citar á los demás majistrados ante el pueblo, y aun alguna vez hicieron prender á los cónsules, y multaron al dictador. Bien que en el año 672, que fue dictador Sila, disminuyó el poder de los tribunos, y ordenó que fueran escludidos para siempre de los demas empleos de la republica, y que no se estendiera su jurisdiccion mas que á mil pasos de la ciu-

la suprema autoridad, é introducir una verdadera democracia. Y así es que empezaban á hacer leyes por los votos de la plebe, cuyas leyes se llamaban plebiscitos. De aqui resultaron nuevas leyes; pero M. Cota en el año 679, y Pompeyo en el de 683, les restituyeron la autoridad que Sila les habia quitado, permitiendo ejercerla tambien en las provincias. Aunque el empleo de tribuno no se dió en mucho tiempo mas que á los que eran de familia plebeya, quisieron no obstante ser admitidos en él los senadores y los nobles; pero se requeria que el pueblo se lo ofreciese, porque no les era permitido pedirlo. La casa de los tribunos del pueblo estaba abierta de dia y de noche, para que el pueblo pudiese entrar á cada instante y á toda hora á dar sus quejas, y por esto no se les permitia faltar de Roma ni un solo dia. Cuando aprobaban los decretos y sentencias del senado lo significaban con la letra *T*, y para oponerse á ellas usaban de la voz *veto*, sin dar razon para fundar sus oposiciones; y era de tanta fuerza esta palabra, que si algun majistrado no se hubiera contenido con ella, inmediatamente se le hubiera puesto preso como á transgresor de una autoridad inviolable. El atentar á la vida de los tribunos, injuriarlos, ó hacerles alguna violencia, era un delito de los mayores. Aunque en Roma se hallase un dictador, conservaban siempre su autoridad los tribunos; pero sin poder oponerse á sus órdenes y reglamentos, como les era permitido con los demas majistrados. Es digno de notarse que los tribunos de la plebe y los ciudadanos populares que hacian discursos al pueblo en la plaza pública, tenian siempre vuelto el rostro al sitio de las asambleas del senado, por respeto á este primer cuerpo de la república. Licinio Craso fue el primero que violó esta costumbre, observada constantemente hasta entonces; lo que hizo por adular al pueblo, despreciando la autoridad del senado. Nadie podia ser tribuno del pueblo sin que tuviese treinta años cumplidos. Este empleo lo confirió el pueblo á quien quiso hasta el año 730 en que Augusto Cesar se hizo nombrar tribuno; y los emperadores que le sucedieron tomaron este carácter, é hicieron marcar en sus medallas los años de su

contiendas. El senado ó los patricios no solamente se oponian con vigor á que los tribunos diesen semejantes leyes, mas tambien se negaban á someterse á las que ya se habian dado. Por fin, despues de muchas discordias, se dió en el año 304 de R. la ley Horacia por M. Horacio Cónsul, y se previno que lo que mandase la plebe por tribus, obligase al pueblo (entero). *Liv. l. III. c. 55.* Despues, como eludiesen los patricios con nuevas cavilaciones la ley Horacia, sucedió en 414 de la fundacion de R. la ley Publilia, dada por el dictador Q. Publilio Filon, para que los plebiscitos obligasen á todos los Quirites. *Liv. l. VIII. c. 12.* Finalmente, al ver que los patricios tergiversaban de nuevo estas leyes, sublevada la plebe se retiró segunda vez al monte Janículo, y no quiso volver hasta que por el dictador Q. Hortensio (año 456 de R.) se dió la ley Hortensia, con la cual se pusieron en uso las leyes Horacia y Publilia. *Gell. lib. XV. c. 28. L. 2. §. 8. ff. de orig. jur.* Desde entonces, pues, no hubo en cuanto al efecto ninguna diferencia entre las leyes propiamente dichas y los plebiscitos, puesto que unos y otras obligaban á todo el pueblo; de donde provino que los plebiscitos empezaron poco á poco á llamarse leyes, que es el nombre que casi siempre tienen en las ff., por ejemplo, ley Aquilia, Falci-

tribunado. Y asi subsistió este empleo, aunque sin autoridad; siendo ya solo un título vano sin ejercicio ni honor hasta Constantino, en cuyo tiempo se desvaneció enteramente. Lo mismo sucede con nuestros procuradores de cortes. El empleo de tribuno tiene alguna semejanza con el del magistrado que en otros tiempos se conoció en Aragon con el nombre de justicia mayor.

dia, Atilia, Cf. Gell. lib. 20. c. 20. y Cic. Orat. II. de lege Agraria. c. 8.

§. XLVIII, XLIX y L.

La tercera especie de Derecho escrito son los *senadoconsultos* (\*), que se deben considerar segun los diversos tiempos en que los hubo; pues una cosa eran los *senadoconsultos en tiempo de la república libre*, y otra bajo los emperadores. En tiempo de la república libre, aunque se hacian *senadoconsultos*, no eran leyes, porque el senado no gozaba de potestad legislativa. Entonces eran unos decretos del senado (\*\*) acerca de las cosas

(\*) Al principio los *senadoconsultos* eran relativos, principalmente al derecho público; mas posteriormente tambien se estendieron al derecho privado.

(\*\*) El senado romano era una junta de muchas personas considerables en que residia la autoridad soberana. En él se elegian los embajadores; se daban los gobiernos de las provincias y el mando de los ejércitos; tenia la administracion del erario público, y tomaba cuentas á todos los tesoreros; ordenaba y anulaba las leyes; recibia los embajadores; hacia tratados de paz, treguas y confederaciones; ordenaba las rogativas, y concedia el honor del triunfo á los jenerales de ejército que habian ganado alguna batalla; tomado alguna ciudad considerable, ó conquistado alguna provincia. Ordinariamente se juntaba el senado en el dia de las calendas, de las nonas, y de los idus de cada mes, escepto en los meses de Noviembre y Diciembre, que eran vacaciones. Las calendas eran el primero del mes, y las nonas el siete de Marzo, de Mayo, de Julio y Octubre; y en los demas meses el cinco. Los idus sucedian á trece en los meses de Enero, Febrero, Abril, Junio, Agosto, Setiembre, Noviembre y Diciembre; pero en los de Marzo, Mayo, Julio y Octubre eran á quince. Augusto ordenó que no se juntara el senado sino en las

encomendadas á su cuidado, v. gr., acerca de dar leyes, sortear las provincias, alistar soldados, etc. En mis *Ant. Rom. L. 1. Tit. 2. §. 48.* se describe el modo de hacerse los senadoconsultos. Todavía

calendas é idus de cada mes. Los dictadores, los cónsules pretores y tribunos de la plebe tenían facultad para juntar el senado cuando les parecia, ó cuando ocurrían algunos asuntos extraordinarios ó importantes; pero no se les permitía juntarlo antes de salir el sol, ni despues de puesto. Tampoco podia juntarse en los dias de fiesta, en los que se juntaba el pueblo, ni mientras se celebraban juegos públicos. Todo cuanto se hacia en la república se consultaba con el senado; y lo que el pueblo y tribunos disponían, se hallaba ordinariamente sin fuerza, hasta que el senado lo autorizaba. Esto no obstante, se oponían muchas veces los tribunos á los decretos del senado, sin que pudiera pasar adelante hasta que se hubiesen apartado de la oposicion; y para obligarlos á que desistieran, era preciso recurrir á los otros majistrados, y usar de ruegos y amenazas, ó apelar al pueblo. Cuando algun decreto del senado se suspendía por oposicion de los tribunos, no dejaba por esto de rejistrarse; pero en lugar de llamarle *senatús consultum*, se llamaba *senatús auctoritas*. Es de notar la urbanidad de que usaba el senado cuando daba alguna orden á los majistrados, espresándola con estas palabras: *Si iis ita videtur*: si gustan, si les parece bien. El nombre de los senadores que habian votado, se ponía con la fecha y sitio donde se habia tenido el senado: D. E. R. I. C. esto es: *De ea re ita censuerun*: así han votado sobre este asunto tal y tal cónsul; y despues los demas. En el capitolio, y en los templos de Saturno y de Ceres se guardaban las leyes, los decretos y sentencias del senado con el tesoro público, cuya custodia se confiaba á los ediles. El senado se juntaba en diversas partes; primero en los templos de la Concordia, entre el capitolio y la plaza romana, de la Fe, de la Virtud, de Júpiter Estator, de Júpiter Capitolino, de Marte, de Apolo, de Castor y Polux, y en el de Vulcano. En el de Belona, estramuros de la ciudad, recibía á los embajadores de los pueblos enemigos.

se observaba la misma práctica bajo el imperio de Augusto, quien daba las leyes no por medio del senado, sino de los votos del pueblo, porque no pareciese que usaba de la autoridad de rey. Pero Tiberio fue el primero que persuadió astutamente al pueblo que le era molesto el reunirse, §. 5. *Inst. h. t. L. 2. §. 9. ff. de O. J.*, y como para aliviarle de esta molestia, trasladó los comicios del campo Marcio al senado. *Tac. Annal. l. 1. c. 15.* Pero el verdadero objeto que se llevó en esto, fue poder mudar todas las cosas á su arbitrio; pues los senadores estaban entonces como ovejas sujetas á Tiberio, y no se atreverian á oponérsele en nada. El modo de hacerse estos senadoconsultos, consistia (1) en que reunido el senado enviaba delante el emperador un discurso ú oracion en que aconsejaba la admision de la nueva ley; y asi es que los mismos senadoconsultos se llamaban muchas veces *oraciones de los príncipes*, ó derechos establecidos por las oraciones de los príncipes. Véase el eruditísimo jurisculto Escipion Jentil de *orationibus principum*. (2) Esta oracion era leida por un cuestor caudidato, *L. un. §. 2. et 4. ff. de offic. quaest.* (3) Despues hacia el cónsul la relacion, y se pe-

Y cuando era un senado convocado para algun asunto repentino ó inopinado, se llamaba *senatus Edictus*, ó *Indictus*. En la historia romana tenemos muchos buenos ejemplos que manifiestan ocho excelentes caracteres en la conducta del senado romano mientras fue libre; su aplicacion, el sijilo, la conservacion de la disciplina militar, la sabiduria en las recompensas, la fidelidad con los aliados, la firmeza en los riesgos de que estaba amenazada la república, la moderacion en los sucesos prósperos, y la confianza en los adversos.

dia su parecer á los senadores (\*). (4) Dados estos pareceres, decia el Cesar que cada cual se colocase en distinto lado, segun el dictamen que seguia: *qui haec sentitis, in hanc, qui alia omnia,*

(\*) En la nobleza habia dos órdenes, el de los senadores y el de los caballeros; luego se seguian los plebeyos, ó simples ciudadanos. Rómulo escogió cien personas distinguidas por su mérito y calidad para consejeros de estado, para juzgar las disensiones del pueblo, llamándolos senadores, en latin *senatores*, ó porque eran ancianos ó por su prudencia, que es ordinariamente el distintivo de los viejos. Tambien los llamó Padres, *Patres*, ó para demostrar el respeto que se les debia, ó para hacerles conocer que habian de ser los protectores y padres del pueblo. Rómulo, pues, fue el que instituyó los cien senadores primeros, á los que se añadieron otros ciento, sacados de las mas ilustres familias de Roma, cinco años despues que se recibieron los sabinos en la ciudad. Tarquinio Prisco aumentó tambien este número el año 158, escogiendo entre las familias plebeyas ó ciudadanas cien personas distinguidas por su virtud y sabiduria, y con el título de patricias las hizo recibir en el senado, que llegó entonces á componerse de trecientos senadores. Este número se aumentó mucho mas en adelante: porque el año 708, siendo dictador Julio Cesar, llegaban á novecientos; y en el de 711 habia mas de mil durante el *Triunvirato*. En los primeros tiempos de la república no se daba la dignidad de senador sino á los patricios; esto es, á los descendientes de los primeros senadores. Cuando se tuvo por conueniente recibir en el senado á los que eran de familia plebeya, se hacian antes nobles. Era costumbre tomar en el orden de los caballeros á los mas beneméritos y nobles, para ocupar las plazas vacantes del senado. Los cónsules y los censores los nombraban; y si el que era nombrado rehusaba la dignidad de senador, se le quitaba la de caballero. Cuando se elejian senadores, no solo se consideraba su mérito, sino tambien la edad y sus rentas. Para ser senador se necesitaban treinta años por lo menos, y haber ejercido algun empleo; y si alguno se eligió de menos tiempo, fue

*in illam partem discedite, qua sentitis.* (5) Hecho lo cual se levantaban los senadores, y se dirigian al lado que apoyaban con su parecer. (6) Finalmente, si la oracion del príncipe era apro-

por favor, ó por su mérito extraordinario. La renta de los senadores en tiempo de Augusto era de ochenta mil sesteracios, que son ciento y sesenta mil reales nuestros; y despues aumentó Augusto esta renta hasta trecientos veinte mil reales. Si llegaban á tener alguna pérdida considerable que disminuyese su renta, perdian tambien la dignidad y carácter de senador. Esta ordenanza se hizo porque habiéndose introducido en Roma la ambicion y lujo, despues de la conquista de Africa, pretendian muchos la dignidad de senador, sin mérito ni renta; y se temia que hicieran injusticias, y se dejaran corromper por dinero, no teniendo con que sostener su carácter, y con qué satisfacer su vanidad y ambicion. Los primeros senadores se llamaban patricios, y sus descendientes eran de familias patricias; pero los que elejian los cónsules y los censores de entre los caballeros para ocupar las plazas vacantes en el sénado, se llamaban *Patres conscripti*, porque sus nombres se escribieron con los de los primeros senadores en una misma tablilla. Los senadores que no habian ejercido magistratura, se llamaban en latin *senatores pedarii*, porque no podian ir al senado sino á pie, cuando los que habian obtenido ciertas magistraturas se hacian llevar en sus sillas curules, ó tambien porque siendo incapaces de dar por sí mismos un buen dictamen, y de explicarse bien por falta de talentos, seguian el voto, y se conformaban con los que habian votado antes que ellos; de lo cual nació este modo de hablar: *Pedibus ire in sententiam alicujus*. El distintivo de los senadores era la laticlavia, ó el ropaje de bandas anchas de púrpura, el calzado negro que les cubria el pie y la mitad de la pierna; la media luna, ó C de plata, cosida en este calzado, para espresar que los primeros senadores no eran mas que ciento. Algun tiempo despues de los primeros emperadores, se les empezó á dar el título de *Clarissime*. Los senadores podian llevar sus hijos al senado; pero éstos no podian votar hasta que hubiesen hecho

bada por pluralidad de votos, entonces se estendia segun el espíritu de ella el senadoconsulto, que se grababa en bronce, y despues de presentarlo al público, se depositaba en el erario de Saturno (\*).

juramento de no revelar las materias que se trataban. Al votar los senadores, podian hablar todo el tiempo que querian, no solo sobre el asunto propuesto, sino es sobre cualquiera otra cosa, aunque fuese muy distinta; que es lo que Ciceron llama con frecuencia *Calumnia dicendi*. En el interregno gobernaban los senadores, y solo á los que lo habian sido se conferia el mando de ejércitos; y cuando asistian á los espectáculos, tenian sillas y sitios separados. Un senador no podia sin permiso ausentarse del senado; y estando en la ciudad, se hallaba obligado, bajo la pena de multa, á asistir á las asambleas del senado; pues sus decretos y sentencias no tenian fuerza cuando se hallaban en él menos de cien senadores. Tampoco les era permitido tener dos mujeres, ni casarse con parienta, estrangera, mujer pública ó esclava, ni comerciar.

(\*) El tesoro público se guardaba en el templo de Saturno, fabricado en la falda del monte del Capitolio, hacia la plaza de Roma, por el lado del Tiber. Ademas de ciento sesenta graneros y un grande arsenal, tenian los romanos otro tesoro ordinario, donde se recibian las rentas anuales de la república, y de él se sacaba lo necesario para pagar los gastos ordinarios; pero tenian otro que se llamaba sagrado: *Sanctum AErarium*, donde, despues que se recobró Roma de los galos, se pusieron como en depósito sumas considerables, que no se debian tocar sino cuando estos pueblos, que se temian en extremo, hicieran una nueva irrupcion. Esto dió motivo á la bella respuesta que dió Cesar al cuestor ó tribuno militar que guardaba este tesoro, cuando se le hizo abrir por fuerza para gastarle en la guerra civil: *que era inútil guardarle más; pues habia puesto á Roma fuera de riesgo de ser nunca acometida por los galos*. En este tesoro era donde se pusieron despues las sumas inmensas que habian llevado los jenerales de los países conquistados; pues solamente de España, dice el

Deberá al paso notarse que los senadoconsultos recibieron la mayor parte de las veces el nombre del cónsul que hacia la relacion en el senado: v. gr., los senadoconsultos Trebeliano, Velejano, Tertuliano, Orfiliano. Uno solo hay que tomó su nombre de un malvado que dió ocasion á un senadoconsulto, á saber, el senadoconsulto Macedoniano, llamado asi de un tal Macedon, famoso usurero. L. 1. *pr. ff. de Seto. Macedon.*

Y cuánto tiempo estuvieron en uso los senadoconsultos? Todo el tiempo que á los empe-

*Livio* lib. 34, que el pretor Marco Ervio entró en Roma catorce mil setecientas y treinta y dos libras de plata marco; de sellada con el cuño de un carro de dos caballos, diez y siete mil y veinte y tres libras; y de plata de huesca ciento y veinte mil cuatrocientas y treinta y ocho. Quinto Miuicio, su sucesor, dió al erario treinta y cuatro mil y ochocientas libras de plata; setenta y ocho mil de dos caballos; y de plata de huesca doscientas setenta y ocho mil (bien que este número parece sospechoso). M. Caton, cónsul, triunfó tambien de España, y entró en Roma veinte y cinco mil libras de plata sin marco; de dos caballos ciento veinte y tres mil; de huesca quinientas y cuarenta; de oro mil y cuatrocientas libras. *Alvaro Alonso Barba, cap. 6.* Además de estos dos tesoros habia otro fondo sagrado como el antecedente. Este era la veintena de todas las sucesiones que habian recaido en distintos herederos que los hijos de los difuntos; lo que subia á sumas excesivas. Se llamaba *Aurum vicesimarum*. Todos saben que el nombre jeneral de *Ærarium*, que se daba á todos estos tesoros, se orijinaba de la primera moneda de los romanos, que era de cobre, y se llamaba *Æs aeris*. Los tribunos del tesoro, en latin *Tribuni Ærarii*, eran oficiales sacados del pueblo que guardaban el tesoro público, donde se ponian sumas considerables para pagar los gastos extraordinarios que tenia que hacer la república; principalmente en tiempo de guerra. Para tribunos ó guardias del tesoro no se escojían sino personas muy ricas y desinteresadas.

radores pareció conveniente el disimulo. De aqui es que todavía se hace mencion de senadoconsultos en tiempo de Antonino Severo, Antonino Caracalla, Eliogábalo, y Alejandro: desde entonces apenas se nombra ninguno. Pues acostumbrado ya el pueblo romano al gobierno monárquico, y trasladado por la ley reja todo su derecho á los emperadores, empezaron á ser menos frecuentes los senadoconsultos, y la mayor parte de las innovaciones se introducian en el derecho por las constituciones de los príncipes, que ya empezaron á publicarse en tiempo de Vespasiano, como lo muestra la L. 4. §. 6. ff. de legation.

### §. LI.

La cuarta especie de Derecho escrito son las *Constituciones*, y de ellas se pregunta (1) qué cosa son? §. 51. (2) de cuántas maneras? §. 52-55. (3) si tienen fuerza de ley? §. 56-59. (4) qué son privilegios, de cuántas maneras son, y qué se debe observar respecto de ellos? §. 59-64.

(1) Qué cosa sean estas constituciones, lo explicaremos brevemente por esta definición: *Son la voluntad de los príncipes, que si estos quieren, tienen fuerza de ley* (\*). Toda la definición está en

(\*) Cuando Roma no conservaba ya de su libertad mas que las fórmulas, y cuando los cargos se reunieron en la persona del príncipe por toda la duracion de su vida, empezó este, con arreglo á los usos de los antiguos majistrados de la república, á dar decretos y reglamentos en virtud de los cargos que ejercia, los cuales fueron llamados *placita* ó *Constitutiones Principum*, y el número de ellos fue necesariamente aumentando á medida que los príncipes aumentaban su poder, y los derechos que se abrogaba la

la *L. c. pr. ff. de Const. Princ.*, á escepcion de las palabras *si quieren los príncipes*, que hemos sacado del §. 6. *Inst. h. t.* Es de saber que no todas las epístolas ó constituciones de los príncipes son leyes, sino tan solo las que el príncipe quiere que sean observadas como tales por los súbditos. De aqui es que ni sus cartas privadas (cuales son las del emperador Trajano á Plinio, *lib. 10. ep. Plin.*) valen como leyes, ni los rescriptos espedidos á súplica de los particulares, como que pueden muchas veces ser considerados como subrepticios y obrepicios, si las súplicas no se apoyan en la verdad, como manifestaremos luego en el §. 56. Asi que, las constituciones del príncipe son tenidas por leyes *si ellos quieren*.

## §. LII.

(2) Y de cuantas maneras son? Resp. Unas son *jenerales*, otras *especiales*. Jenerales son aquellas por las que el príncipe quiere obligar á todos; v. gr., si publica un edicto por el que condena á pena capital á los que se desafien. Por el contrario, *especiales* son aquellas por las cuales permite ó manda estraordinariamente alguna cosa á una persona, de suerte que no sirva de ejemplar: v. gr., si el príncipe concede á Pedro privilegio de monopolio, si la ley castiga con mas severidad

arbitrariedad de los emperadores; pero al principio eran muy pocas, y la mayor parte ni siquiera tocaba al derecho privado, si que tenia por objeto el gobierno; y particularmente las rentas del estado, la guerra y la administracion de las provincias; y casi ninguna encerraba nuevos principios de derecho, reduciéndose á indicar como debian explicarse en ciertos casos las leyes vijentes.

que de ordinario á uno de los ciudadanos. Tenemos un ejemplo en la L. 2. *fin. ff. de his, qui sui vel alien.* Y estas constituciones especiales se llaman tambien privilegios, de los cuales hablaremos mas abajo en el §. 59 y siguientes. Finalmente, las jenerales se dividen en *rescriptos, decretos y edictos*; de que se tratará separadamente en los siguientes párrafos.

### §. LIII.

(a) *Rescriptos* son aquellas constituciones por las cuales el príncipe responde á los memoriales de las partes ó á las consultas de los majistrados. Pues muchas veces los particulares remitian memoriales al príncipe, en los cuales se quejaban de tal ó cual agravio que se les hacia: tambien muchas veces los majistrados, comunidades, colonias, municipios, consultaban á los príncipes. Pues lo que entonces respondia el príncipe, eso se llamaba *rescripto*. Pero, sin embargo, segun la diversa condicion de las personas que consultaban, los *rescriptos* se llamaban ya *anotaciones ó subnotaciones*, ya *epístolas*, ya *pragmáticas-sanciones* (a). *Anotaciones ó subnotaciones*, por las que el príncipe responde á los memoriales de las partes ó de los particulares. Hay un ejemplo selecto en la L. 9. *ff. ad L. Rhod. de jactu*. (b) *Epístolas*, por las que el príncipe responde á las consultas de los majistrados. En el *Lib. X. ep. Plin. et L. 6. §. 3. ff. de offic. Procons.* hay muchos ejemplos de Trajano; y (c) *pragmáticas-sanciones*, por las que el príncipe da respuesta á la consulta de toda una universidad; v. gr., de una provincia, ciudad, municipio, colejio. Hay un ejemplo en la L. 3. §. 5. *de offic. Procons.*

## §. LIV.

(6) Pasemos á los *Decretos*, por los cuales el príncipe, en los negocios contenciosos de las partes daba sentencia definitiva, ó la pronunciaba interlocutoria; cuya definicion está sacada de la L. 1. §. 1. ff. de Const. Princ. En efecto, muchas veces se llamaban en apelacion á los mismos príncipes las causas mas graves, bien fuesen civiles, ó bien criminales. De ejemplo puede servir la causa del Apóstol S. Pablo, que habiendo sido acusado de sedicion, apeló al Cesar, y fue enviado á Roma, donde este se hallaba. Act. 25. 11. 12. Con este objeto habia en Roma en el palacio del príncipe un consejo de jurisconsultos, que oian las causas, é instruian al príncipe acerca de la sentencia. El fallo que daba el príncipe oidas las partes, se llamaba decreto. Sin embargo, algunas veces se distinguen los decretos de las sentencias interlocutorias. Los *decretos* son las que pronunciaba el príncipe usando de las solemnidades y formalidades del juicio; hay un ejemplo en el §. ult. Inst. de vulg. substituit. Las interlocutorias eran las sentencias que pronunciaba de plano y sin las formalidades del juicio. Se tiene un ejemplo en la L. 7. ff. ad L. Jul. de vi privat.

## §. LV.

(c) Restan los *Edictos*, que son unas constituciones por las que el príncipe determina motu proprio algun nuevo derecho para utilidad de todos los ciudadanos: y se diferencia (1) de los *rescriptos*, en que en estos el príncipe determina motu pro-

pio, y en los rescriptos á súplica de otros. (2) De los *decretos*, porque los edictos se establece un nuevo derecho, y por los decretos solamente se aplica el derecho antiguo. (3) De los *mandatos*, porque los edictos se estienden á todos los ciudadanos, y los mandatos se circunscriben á determinadas personas. Asi es, por ejemplo, que muchas veces se dan á los májistrados, embajadores, jefes militares, ciertas reglas de como deben obrar (hoy se llaman *instrucciones*), las cuales no son edictos, sino mandatos, porque no obligan á todos los ciudadanos, sino tan solo á aquel á quien se han dado.

### §. LVI, LVII y LVIII.

(3) Por estas definiciones se explicará fácilmente la tercera cuestion de si estas constituciones de los príncipes hacen derecho. (a) En cuanto á los *Rescriptos* no siempre lo hacen, antes algunas veces nada absolutamente valen: (1) si la súplica no está apoyada en la verdad, porque el príncipe no está obligado á mandar cosa alguna en virtud de la simple narracion de una de las partes, á no ser bajo la condicion de que *la súplica esté fundada en la verdad*. Véase sobre esto la *L. ult. C. de divers. princ. rescr.* (2) Si el príncipe no hubiese firmado, ó si no se hubiere puesto el dia y el nombre del cónsul, y en estos tiempos el sello, *L. 3. L. 4. C. eod.*; y aqui debe notarse que los príncipes firmaban antiguamente con color de púrpura sacado del múrice cocido, que se llamaba *sacrum encaustum*, ó sagrado esmalte, del cual á nadie mas que al príncipe era permitido usar, Sam. Stryck. *Diss. de sacro encausto.* (3) Si se

hubiese impetrado el rescripto en perjuicio de la república ó del derecho de un tercero. Aquí pertenece todo el título del *C. si contra jus vel util. publ.*, y especialmente la *L. 6.* Se deberá de paso observar que á los rescriptos que adolecen de cualquier vicio semejante, suele oponerse en el foro la *escepcion* que los prácticos suelen llamar de *Obrepcion y Subrepcion.*

(b) Acerca de los *Decretos* se deberá notar esta regla: los decretos ó sentencias de los príncipes solamente hacen derecho entre las partes, no entre los demas; pues que son sentencias, y las sentencias no son verdaderamente leyes, sino aplicacion de ellas; *L. 2. C. de LL. et Const.* Luego no hacen derecho, á no ser entre las partes. Se exceptuan sin embargo dos casos: (1) Cuando el príncipe esplica al mismo tiempo una ley obscura, entonces esta esplicacion es reputada por ley *L. 12. C. eod.* (2) Cuando el príncipe manda espresamente que se pronuncie del mismo modo en casos semejantes. *L. 3. eod.* De lo cual al mismo tiempo se deduce claramente quanto menos deben valer por ley las sentencias, los jueces y las decisiones de los tribunales, cuando ni los decretos del príncipe gozan siempre de aquella autoridad. Asi, por ejemplo, Sandio escribió las *Decisiones curiae Supraemae Frisiae*; B. Hubero refiere otras semejantes en sus *Praelect. ad ff.*, y el sábio Z. Hubero en la *Observat. rerum judicatarum*; pero estas no hacen ley, y así es que en el dia las decisiones de la Frisia se separan mucho de las antiguas, como lo confiesa el citado Hubero, *Obs. rer. jud. obs.* 93. p. 418, donde dice: Varian frecuentemente, y son contrarias unas á otras las decisiones de los tribunales. Aun bajo el techo de un mis-

mo tribunal se fallan ya de un modo, ya de otro causas de la misma naturaleza.

(c) De los *Edictos* es cierta la regla de que son propiamente leyes, y de aqui es que en varios pasajes de nuestro derecho se les da espresamente este nombre. En efecto, teniendo las constituciones fuerza de ley, si quiere el príncipe, §. 51, es consiguiente que los edictos la tengan, porque cuando los promulga, manda espresamente que se observen en todas partes y por todos.

### §. LIX y LX.

Hasta aqui hemos tratado de las constituciones jenerales: sígnense las especiales, que tambien se llaman privilejios, como si dijéremos leyes privadas. Para los antiguos era lo mismo privado que singular; y por consiguiente el privilejio es una ley singular. Sin embargo, puede darse una definicion mas exacta sacada del §. 6. *Inst. h. t.*, diciendo que *los privilejios son unas constituciones, por las cuales el imperante da alguna recompensa al mérito, ó impone una pena extraordinaria, de modo, sin embargo, que no sirva de ejemplar.* Pero esta definicion se puede responder fácilmente á las preguntas siguientes: (1) ¿Son bien llamados leyes los privilejios? Resp. No hay duda que son leyes, porque los prescribe el sumo imperante. Pero se objeta que no obligan; pues el privilegiado puede renunciar á su derecho, y abstenirse del uso del privilejio. A esto se responde, que aunque no obliguen á los privilegiados, obligan á los demas ciudadanos, para que estos no turben á los privilegiados en el uso de su privilejio; y respecto de estos, con razon se llaman

leyes. (2) ¿Se diferencian los privilegios y los derechos singulares? Resp. Estos son beneficios dados por la ley á cierto órden de personas ó á uno de los sexos; así, v. gr., los menores gozan del beneficio de la ley de poder ser restituidos in integrum; las mujeres por razon de la dote gozan de tácita hipoteca en los bienes del marido, y son preferidas en el concurso á los demás acreedores, etc. Estos derechos singulares son llamados muchas veces privilegios; pero no obstante se diferencian los privilegios propiamente tales, y los derechos singulares. (a) Porque estos son dados por la ley aun á los que no los piden, aquellos deben obtenerse del príncipe: (b) aquellos se refieren á cada una de las personas, y por eso se llaman leyes privadas; estos á muchas personas del mismo órden, sexo ó condicion. Cujacio, *Obs. lib. XV. c. 8.*, fue el primero que observó esta diferencia.

### §. LXI y LXII.

De la definicion se infiere de suyo *la division de los privilegios*. Siendo estos unas constituciones por las cuales el imperante da alguna recompensa al mérito, etc. (§. 60.) se sigue que son favorables ú odiosos. *Favorables* son aquellos por los cuales en atencion al mérito se permite alguna cosa, v. gr., derecho de ejercer monopolio, la inmunidad de tributos, etc. De esto tenemos un ejemplo en *Tit. Liv. l. 39. c. 19.*

*Odiosos* son aquellos por los que se impone una pena extraordinaria mayor que la que está determinada por la ley; sirva de ejemplo la L. 2. *fin. ff. de his, qui sui vel alieni jur.* Ahora se pre-

gunta si son lícitos los privilegios odiosos? Resp. (1) Durante la república libre estaban prohibidos por la ley de las XII tablas, en las cuales se mandaba que no se dieran privilegios. (2) No los usaron sino los tribunos de la plebe revoltosos, como P. Clodio, que prohibiendo á Ciceron el agua y el fuego, y consagrando su casa, le impuso un privilegio; de lo cual se queja en la oracion *pro domo*, c. 17. y sig. (3). Los buenos príncipes pueden imponer semejante pena extraordinaria, si para ejemplo lo exige la frecuencia de los delitos, L. 2. *ff. de his, qui sui, etc.*, ó si una malicia refinada hace precisa una correccion mas severa, como se puede ver en la *L. ult. ff. si quis à patre manum, etc.* (4) De esta libertad de dar privilegios no goza el majistrado, por quanto el privilegio es una constitucion del príncipe. Véase sin embargo el ejemplo que trae Suet. *Galb.* c. 9.

Por último, los privilegios son de *persona* ó de *causa*. Aquellos son los que se dan á la persona, y por eso espiran con ella; v. gr., el privilegio del foro: estos son los concedidos por cierta causa, y por lo mismo aprovechan tambien á los herederos; por ejemplo, el privilegio concedido en los feudos, para que las causas feudales no se ventilen mas que ante los padres de la curia.

### §. LXIII.

De aqui se deducen algunos axiomas que deben observarse acerca de los privilegios, de los cuales es el primero: (1) solo el imperante concede privilegios; luego no los concede el majistrado, como que él mismo está sujeto á las leyes. La razon está en el §. 60, porque hemos demos-

trado que los privilegios son leyes, y la potestad legislativa reside en solo el supremo imperante. (2) Segundo: el derecho de conceder privilegios no reside en el majistrado: esto se infiere de lo primero. (3) Tercero: al imperante pertenece establecer en qué términos quiere que sea el beneficio que concede, L. 191. ff. de R. J. Este axioma se debe observar contra aquellos que abusando de la L. 3. ff. de Const. Princ., piensan que la interpretacion estensiva tiene lugar en los privilegios, no obstante que esta L. 3. no habla propiamente sino de los derechos singulares de que hemos tratado arriba, §. 60.

#### §. LXIV, LXV y LXVI.

La quinta especie de Derecho escrito son los edictos de los majistrados. Porque debe saberse (1) que los majistrados de Roma no fueron meros jueces, sino que tambien tuvieron facultad de proponer edictos, por los cuales indicaban por qué órden y modo querian administrar justicia durante el tiempo de su majistratura. Tales eran los edictos que al principio del año publicaban en Roma los *pretore* (\*)

(\*) El pretor que se estableció en el año 387 ó 388 de la fundacion de Roma para administrar justicia, era el primero despues de los cónsules, y *Publio Turio Camilo* fue el primer pretor elejido en los comicios juntos por centurias, con las mismas ceremonias de religion que aquellos: al principio no habia mas de uno que administraba justicia á los ciudadanos en Roma; pero como se establecieron en ella muchos extranjeros, se elejó en el año 510 ó en el 511 otro pretor que juzgara sus diferencias. El primero se llamaba en latin *Praetor urbanus*, juez de los

para la administracion de justicia, los edi-

ciudadanos; y el segundo *Praetor peregrinus*, juez de los extranjeros; pero este tenia menos autoridad que el otro. Para ocupar el empleo habian de ser de familia patricia, aunque en el año 417 de la fundacion de Roma se nombraron de familia plebeya. Por el año 605 ó 607 hubo en ella seis pretores. Los dos que eran de la primera creacion, conocian de las diferencias de los particulares, y los otros cuatro de los delitos públicos, esto es, de los cohechos, de las facciones ó bandos, de los parricidios, de los crímenes de lesa majestad romana cometidos contra el pueblo romano, contra los privilegios de los ciudadanos romanos, y últimamente del peculado, ó del robo del tesoro público. Siendo Sila dictador en el año 672, añadió otros dos. Cesar hizo tambien crear dos para cuidar de los víveres, y se llamaban *cereales*. Despues de la muerte de Cesar añadió Augusto otros cuatro, y en adelante se vieron en Roma hasta quince pretores. Cuando Sicilia y Cerdeña quedaron reducidas á provincias, y despues de la conquista de España, se crearon pretores para cada una de las provincias conquistadas. Estos eran majistrados que las gobernaban, administraban justicia, y mandaban las tropas en la guerra por todo el año de su majistratura. En efecto, *Praetor* significa presidente, comandante, jeneral de ejército ó capitán, saliendo esta voz de *praeesse*, ó de *praeire*, según lo dice Tito Livio, lib. 3, y Ciceron, libro 3, de las leyes; y como los que mandaban los ejércitos eran tambien jueces de las causas civiles en los cuarteles de invierno y en tiempo de paz, por esto se llamaba *Praetorium* la tienda del jeneral, la casa del pretor, y el lugar donde administraba justicia. No obstante, cuando la guerra era peligrosa, y se habia de combatir con un enemigo poderoso, iba uno de los cónsules á la provincia invadida ó amenazada de irrupciones, para defenderla y dar en ella las órdenes necesarias. El poder de los pretores era muy grande; podian alterar las leyes, abrogarlas y establecerlas. De esto nace que en el Derecho romano se hace meucion muchas veces del edicto del pretor. Tambien juntaban el senado y el pueblo cuando lo tenian por conveniente; y en una pa-

les (\*) acerca de las cosas que pertenecian á

labra, tenían en Roma todo el poder cuando los cónsules estaban ausentes, y habian ido á mandar el ejército. Los pretores no podian ausentarse de Roma mas que diez dias, y eran los que rejistraban los nombres de los esclavos á quienes se daba la libertad, y adjudicaban á los acreedores los bienes que se les debian. Tambien eran protectores de las viudas y de los huérfanos, y tenían cuidado de los juegos y sacrificios que se hacian á espensas del público. Las damas romanas se juntaban todos los años en la casa del pretor, para celebrar en ella la fiesta y misterios de la buena Diosa Cibeles, y estaba prohibida la asistencia de los hombres con pena de destierro. Para la eleccion de pretores se juntaba el pueblo por centurias. El dia primero de Enero, despues de hechas sus rogativas y ofrecido un sacrificio en el Capitolio, tomaban todos los distintivos de honor unidos á su dignidad, é iban precedidos de seis lictores. Su ropa era bordada de púrpura, y los llevaban en silla de marfil. Cuando el pretor condenaba alguno á muerte ó á otro cualquier suplicio, dejaba su ropa ordinaria, y se ponía una de luto. Para ser pretor se necesitaban cuarenta años; y el distintivo exterior de esta magistratura era la ropa pretexta que tomaba despues de haber hecho los votos en el templo: la silla curul puesta en un tribunal en sitio elevado en media luna; la lanza que manifestaba la jurisdiccion, y la espada que indicaba el derecho de cuestion. Fuera de la ciudad le acompañaban á lo menos seis lictores con fascés; y se llamaban provincias pretorias aquellas adonde para su gobierno se enviaban solo pretores. La ropa pretexta era semejante á la toga; y se llamaba asi, porque estaba guarnecida por abajo con una banda ancha de púrpura.

(\*) Los ediles eran magistrados romanos que tenían la inspeccion de los edificios públicos, de las fiestas, de los juegos, y de los espectáculos. Se llamaban asi *ab AEdibus curandis*, porque cuidaban de los templos, y de las obras y fábricas públicas. Habia dos clases que se nombraban todos los años, y eran ediles curules y ediles plebeyos, dos de cada clase. Los plebeyos eran sacados de las familias ple-

su jurisdiccion; por ejemplo, las cosas venales,

beyas; fueron creados en el año 271, y cuidaban de lo que los tribunos querian confiarles. Ordinariamente estaban encargados de mantener los baños, de reparar y hacer limpiar los acueductos, los albañales y las calles; de guardar los decretos del senado y las ordenanzas del pueblo; de impedir las usuras, y visitar las tabernas para contener los desórdenes; pero los ediles curules que se sacaban de las familias patricias, tenian el cuidado de los teatros, de los fuegos, de los mercados, de los tribunales de justicia, de los muros de la ciudad, de arreglar y señalar el sitio de los espectáculos, de impedir en ellos todo desorden, y de hacer cuanto era necesario para la subsistencia y adorno de la ciudad de Roma: tambien era cargo de los ediles curules hacer examinar los libros, en particular las piezas de teatro, antes que se representaran; y las pagaban, y daban el precio de la declamacion á los actores que mejor habian hecho su papel. La edilidad era una de las grandes magistraturas, que se llamaban curules, porque los que las ejercian se hacian llevar, y estaban sentados en sillas de este nombre, que eran de marfil, con los pies curvos y muy altos, con muchas gradas, que parecian un trono. Los primeros magistrados tenian derecho de usarlas, no solo en sus casas, sino en todas partes donde querian hacerse llevar, ó que fueran detras de ellos. Las funciones de los ediles correspondian en algun modo á las de nuestros alcaldes, tenientes de policia, rejidores y tesoreros. Ciceron refiere los principales deberes de su cargo en el *libro III de las leyes de las XII tablas*. Para ser edil se necesitaban treinta y siete y treinta y ocho años; y esta dignidad era el primer grado para llegar á los otros cargos mas considerables de la república, segun la ley de las XII tablas, citada por Ciceron en el *lib 3 de las leyes*. Entre el empleo de edil y el de pretor habian de mediar dos años. En el 709 se crearon otros dos ediles llamados *curules*, que cuidaban de los granos, de los víveres, de los pesos y medidas, poniendo precio á las mercancías, y hacian echar en el Tiber los granos y demas especies mercantiles que estaban podridas, ó no eran de ley.

los camiuos públicos, etc., y en las provincias los *procónsules* (\*) y *proprettores* que en ellas tenían la misma autoridad que los otros magistrados en Roma; L. 7. §. 2. ff. de *Offic. Procons.* (2). Aun cuando los magistrados no eran legisladores, sin embargo fueron poco á poco mudando el antiguo Derecho, ayudándolo, supliéndolo y cor-

(\*) El nombre de procónsul se dió entre los romanos á aquel que gobernaba una provincia con la misma autoridad que si fuera un cónsul; y en tiempo de los emperadores romanos se nombró procónsul al que elejía el senado para gobernar una de las provincias del imperio. También nombraba el senado algunos jóvenes distinguidos que debían acompañar al procónsul para aprender el arte militar, y formaban la corte del magistrado, llamándose *Contubernales*. Antes de salir de Roma el procónsul, iba al capitolio á hacer sacrificios y tomar el manto de guerra, llamado *Paludamentum*, que manifestaba el mando de las tropas. Despues marchaba acompañado de lictores armados de fascas y de hachas, y sus amigos le llevaban hasta cierto espacio fuera de la ciudad. Cuando los procónsules salían del consulado, tenían el gobierno de una de las provincias consulares, la que sacaban por suerte; administraban justicia, y mandaban en el ejército que la suerte les habia dado. Ordinariamente se destinaba el estío para la guerra, y en el invierno se empleaban en el ejercicio de su jurisdiccion. No servían mas que un año en este cargo, á menos que el senado tuviera por conveniente no continuar; pero para juzgar los procesos tenían sus asesores ú otros jueces mantenidos y pagados por el público. Aunque los procónsules tenían en sus provincias la misma autoridad, los mismos vestidos, oficiales ó igual número de lictores y fascas que los cónsules; no obstante, cuando concurría un cónsul, cesaba toda su autoridad; y esta era limitada solo á su gobierno: pero la de los cónsules estensiva y absoluta en todas las provincias del imperio romano. Estando los cónsules ausentes de Roma, tenían la autoridad los procónsules, y podían juntar el senado y el pueblo.

rijiéndolo, L. 7. §. 1. ff. de J. et J. Y esto se hacia (a) inventando nuevos vocablos, v. gr., posesion de bienes en lugar de herencia; (b) introduciendo nuevas lecciones, v. gr., *constitutae pecuniae*, (c) dando escepciones donde la ley negaba accion, v. gr., escepcion de pacto; (d) restituyendo in integrum á los menores, ausentes, engañados; (e) introduciendo ficciones. (3) Estos edictos obtuvieron poco á poco autoridad con el uso del foro; á cuyo propósito se deberá consultar un pasaje de Ciceron del *lib. II. de Invent. c. 22.* (4) Al principio publicaron cada año nuevos edictos, y aun estos fueron mudados varias veces en el mismo año; despues en el año 586 de la fundacion de R. se mandó que los pretores administrasen justicia segun sus edictos anuales. *Dio. L. 36. c. 12. Dowell. Praelect. Camid. in append.* Finalmente, bajo Adriano se compusieron los edictos perpétuos. El pretorio por el jurisconsulto Salvio Juliano; el provincial y edilicio no se sabe por quien. Por lo demas estos son aquellos edictos que con tanta frecuencia se citan en las Pandectas.

### §. LXVII y LXVIII.

La sexta y séptima especie de derecho escrito son las *Respuestas de los jurisconsultos*, las cuales se definen diciendo que son las opiniones de aquellos á quienes era permitido responder acerca del derecho. Porque es de saber que antiguamente los jurisconsultos podian indistintamente responder acerca del derecho; despues los emperadores no daban sino á ciertas personas esta facultad á manera de privilejio, y tal que los jueces no podian separarse de sus respuestas L. §. 8.

et L. 2. §. 47. de O. J. Estos jurisconsultos, pues, (1) interpretaban el derecho, y por el razonamiento deducian de las leyes muchas consecuencias que no estaban espresas en sus palabras. Tenemos un ejemplo en el §. *únic. Inst. de legit. patr. tut.* (2) Tambien en los casos dudosos disputaban muchas veces entre sí, ya en el foro, ó bien segun Juvenal, *sat. 1. v. 128.*, en el templo de Apolo. Véase la L. 19. *ff. de lib. et post.* (3) Tambien las consultas abrian muchas veces el camino para que los jueces dieran la sentencia, como hemos dicho poco antes §. 8. *Inst. h. t.* (4) Y tambien prescribian á los litigantes las fórmulas de las acciones y los actos legitimos, de que se hablará en los §§. 69 y 70. Todas estas interpretaciones de los jurisconsultos fueron recibidas poco á poco en el foro, consiguieron fuerza de ley, y aun empezaron á contarse y tenerse por derecho escrito despues que Justiniano las publicó insertas en las Pandectas. Véase el §. 45.

### §. LXIX.

Entre las partes del Derecho civil que inventaron los jurisconsultos L. 2. §. 6. de O. J., deben notarse las *acciones de la ley* y los *actos legitimos* que esplicaremos exactamente, por mencionarse con frecuencia en nuestro derecho.

En dos sentidos se toman las *acciones de la ley*, (1) ó por las acciones y sus fórmulas, v. gr., la accion *rei-vindicatoria*, la *peticion de herencia*, etc., (2) ó por los actos de voluntaria jurisdiccion que deben celebrarse solemnemente á presencia del majistrado. La jurisdiccion es voluntaria ó contenciosa. Voluntaria es la que se ejerce

sin contradiccion de adversario, v. gr., la manumision, la adopcion, donde no hay actor ni reo: contenciosa es la que exige conocimiento de causa, autor y reo, como si uno demanda por un contrato ó un delito. Aquellos actos de voluntaria jurisdiccion podian formalizarse á presencia de cualquier juez, con tal que tuviese la accion de la ley: mas para estos era necesario que el juez fuera competente; y porque solos los actos de voluntaria jurisdiccion se debian ejercer solemnemente; por eso se llamaban *acciones de la ley*.

§. LXX.

*Actos legitimos* son los negocios que se debian celebrar solemnemente, pero no á presencia del magistrado, v. gr., la posesion de la herencia, la emancipacion, etc. Sus requisitos son los siguientes. (1) Que se hagan solemnemente, (2) que no admitan procurador, (3) que se han de hacer simplemente, no hasta cierto dia, ó bajo condicion. L. 71. ff. de Reg. Por ejemplo, (1) la herencia se aceptaba solemnemente recitadas las palabras de la aceptacion; (2) se aceptaba por el mismo heredero, no por medio de procurador; (3) se aceptaba simplemente, no bajo condicion, v. gr., si tiene con que pagar, etc.

§. LXXI.

Segue el derecho no escrito, ó *costumbre*. Para entender su definicion, se debe observar que en la república el derecho no tiene mas que una causa, á saber: la voluntad del sumo imperante, bien sea este el principe, el consejo de los mag-

nates, ó el pueblo. Si el imperante establece espresamente alguna cosa por ley, lo establecido se llama derecho escrito. Si por el contrario, concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república por costumbre, esto se llama *derecho no escrito*. De donde se sigue que la deficiencia que trae la L. 31. *ff. de legib.* es exacta en el estado *democrático ó popular*, pero no el *monárquico*, donde la costumbre logra autoridad de sola la voluntad tácita del legislador.

§. LXXII.

Con esto podemos entender fácilmente los cuatro principios que se hallan en este §. de la costumbre. En efecto, (1) la costumbre se debe probar: la ley no es preciso, porque esta es ya conocida de todos por la promulgación, y aquella se introdujo tácitamente; lo cual siendo una cosa de hecho, se debe probar (a) por el transcurso del tiempo, (b) por la frecuencia de actos uniformes. (2) La misma es la fuerza de la ley que la de la costumbre, pues viene del mismo legislador, y es igual el que se quiere una cosa tácita ó espresamente. (3) La costumbre deroga la ley anterior, porque es como una ley, y la ley posterior anula la anterior, L. *ult. ff. de const. princ.* (4) La costumbre que repugna á la recta razón es de ningún valor, porque el príncipe ni tácita ni espresamente lo quiere. V. gr., en Alemania hay entre los artesanos la costumbre de no bautizar á los aprendices hasta despues de concluidos los años de aprendizaje; cosa que es contra la voluntad de los príncipes. Se pregunta si tiene alguna autoridad esta costumbre? Ningun-

na, (a) porque es contraria á la recta razon y á las buenas costumbres, (b) porque el príncipe que puede abolir la ley, mucho mas podrá abolir una costumbre absurda, impía y contraria á la razon.

## §. LXXIII.

Trátase tambien de saber si en el dia hay tantas especies de derecho escrito como las que tuvieron los romanos, á saber: leyes, senadoconsultos, plebísцитos, y constituciones de los príncipes? Se niega, porque (1) las diferentes especies de derecho escrito nacieron de las frecuentes mudanzas de la república. (2) Entre nosotros ni la plebe da leyes, ni el senado establece nada por via de senadoconsulto, ni las interpretaciones de los jurisconsultos tienen autoridad legal. Pues qué viene á ser la ley entre nosotros? Un precepto comun, etc. Dícese (1) *precepto*, porque la ley obliga. Luego la ley permisiva propiamente no es ley, porque no obliga. (2) *Comun*, para que se distinga del *privilejio*, el cual no se estiende á todos, sino solo á los privilegiados. Y del *encargo* ó *mandato* del supremo imperante, que obliga á solo el mandatario. (3) *Del supremo imperante*, que es quien únicamente tiene autoridad de dar leyes, bien sea este imperante un monarca, bien lo sean los nobles, ó lo sea el pueblo. (4) *Que obliga á todos los súbditos*, L. 7. ff. de LL. (5) *Para que arreglen á él sus acciones*, lo cual se debe entender de las acciones humanas que provienen del entendimiento y la voluntad, no de las naturales, que no sufren ley ninguna.

## §. LXXIV.

Cuántos son los objetos del derecho? Resp. Tres, *personas, cosas y acciones*. En efecto, primeramente se debe saber como se diferencian las personas por razon de los derechos, por ejemplo, los señores, esclavos, padres, hijos, tutores, pupilos: despues cuales son los derechos de las cosas, y finalmente por qué acciones cada uno puede conseguir su derecho.

## TITULO III.

*Del derecho de las personas.*

## §. LXXV.

La palabra *hombre* y la palabra *persona* son sinónimas hablando gramaticalmente; pero se diferencian en el sentido jurídico. Toda persona es hombre, pero no todo hombre es persona. *Hombre* es cualquiera que tiene mente racional en cuerpo humano. La *persona* es el hombre considerado en su estado. Asi el que tiene estado, no es persona. En esto los jurisconsultos siguieron á los cómicos. Efectivamente, asi como estos no llaman persona á todo hombre que presta algun servicio en la comedia, sino á aquel que representa á otro hombre, v. gr., á un rey, esclavo, viejo, etc., asi tampoco los jurisconsultos tienen por persona sino á aquel que representa un padre de familias, un ciudadano, un hombre libre, y por decirlo en pocas palabras, uno que tiene estado.

## §. LXXVI.

Se pregunta, pues, qué es estado? Resp. Es una cualidad en razon de la cual los hombres gozan de diversos derechos; porque, vr. g., de distinto derecho goza el hombre libre que el esclavo, el ciudadano que el extranjero, y por eso la libertad y naturaleza se llaman estados. Otras veces el estado se llama tambien en nuestro derecho *cabeza*, y de aqui es que se dice que el esclavo *no tiene ninguna cabeza*. §. 4. *Inst. de cap. demin.*, y de aquel que pierde el estado de naturaleza ó de libertad ó de familia, se dice *que ha sido capite-minuido pr. Inst. de cap. demin.*

Los jurisconsultos dividen el estado en *natural y civil*. *Natural* es el que proviene de la misma naturaleza, v. gr., el que unos sean varones, otros hembras, unos nacidos, otros por nacer ó existentes en el vientre de sus madres. *Civil* es el que dimana del derecho civil, como la diferencia que hay entre los hombres libres y esclavos, ciudadanos y extranjeros, padre é hijos de familia. El *estado civil* es de tres maneras, *de libertad*, segun el que unos son libres, otros esclavos; *de naturaleza*, segun el cual unos son ciudadanos otros extranjeros, y por último *de familia*, segun el cual unos son padres de familia, otros hijos de familia. Con esto ya entenderemos fácilmente el axioma que sigue: todo aquel que no goza de ninguno de estos tres estados, no es persona segun el derecho romano, sino cosa aunque sea hombre.

## §. LXXVII.

Tenemos un ejemplo en el esclavo. Este es hombre, pero no persona. Es hombre, porque tiene alma racional en un cuerpo humano. Es persona en cuanto al estado natural, porque ó es varon ó hembra; pero no es persona en cuanto al estado civil, porque ni es libre, ni ciudadano, ni padre, ni hijo de familia. Por eso en nuestro derecho se dice *que no tiene cabeza*, §. 4. *Inst. de cap. dem.*, y es *tenido por nulo y muerto* en la *Ley 32, y 200. ff. de reg. jur.*, porque no es persona. Y de aqui es que el esclavo podia ser muerto por el señor; no se le hacia injuria; podia ser vendido, donado, legado; ni se casaba, ni contraia, ni otorgaba testamento, ni tenia nada propio, porque no era persona.

## §. LXXVIII.

Volvamos ya á la primera division de las personas. Estas (tomadas no natural, sino civilmente) ó son hombres libres ó esclavos. *Libres* son aquellos que no están en justa esclavitud. Porque si uno está esclavo injustamente, v. gr., apresado por un pirata, éste aunque está en esclavitud no es esclavo, sino hombre libre. *Esclavos* son aquellos que están en la esclavitud de otro por justa causa. Estas causas las referiremos en el §. 81. Los hombres son *injénuos* ó *libertinos*. *Injénuos* son los que nunca estuvieron en justa esclavitud, sino que fueron libres desde el momento que nacieron, *pr. Inst. de Ingen.* *Libertinos* los que fueron manumitidos de justa esclavitud, *pr. Inst.*

*de Libertin.* Unos y otros son hombres libres; pero mejor y mas excelente es la nobleza de los injénuos que la de los libertinos.

§. LXXIX.

Llamándose libres los hombres por la libertad de que gozan, y esclavos por la esclavitud en que están, debe saber aqui qué es libertad, y qué es esclavitud. Llámase *libertad* la facultad natural de hacer lo que se quiera, á no ser que lo impida la fuerza ó el derecho, §. I. *Inst. h. t.* Esplicaremos esta definicion. (1) Llámase la libertad *facultad natural*, porque todos los hombres son libres por naturaleza, *L. 4. ff. de J. et J. L. 32. ff. de Reg. J.* Luego la diferencia entre libres y esclavos la introdujeron las leyes civiles, no la naturaleza. (2) *De hacer lo que se quiera.* En efecto, la libertad consiste en que no estemos obligados á emprender ú omitir nuestras acciones al arbitrio de alguno, sino que podamos obrar ó no obrar de este ó del otro modo á nuestro albedrío. (3) *A no ser que lo impida la fuerza ó el derecho.* Si se objeta que el hombre libre no puede gozar de esta facultad de hacer siempre lo que quiera, se responde: que entouces no se le prohíbe por el estado de esclavitud, sino por la fuerza, como si uno fuere aprisionado por los ladrones; ó por el derecho, como cuando las leyes no permiten que se haga alguna cosa. Al contrario: *esclavitud* es una disposicion del derecho de jentes, por la cual el hombre se sujeta al dominio ajeno contra la naturaleza, §. 2. *Inst. h. t.* Para esplicar tambien esta definicion, diremos que se llama la esclavitud: (1) *una disposicion del dere-*

*cho de jentes*, porque la naturaleza, como hemos dicho, hizo libres á todos los hombres, y las naciones fueron las que introdujeron la esclavitud. *L. 4. ff. de J. et J. (2) Por la cual el hombre se sujeta al dominio ajeno*: porque la esclavitud consiste bajo que el hombre esté en el dominio como una cosa, y de aqui es que puede ser vendido, legado, donado, muerto. (3) *Contra la naturaleza*: porque como hemos dicho, la naturaleza á todos los hombres crió libres; lo cual debe observarse contra Aristóteles, que establece que algunos hombres son esclavos por naturaleza; á saber, los estúpidos, perezosos, y otros que no pueden gobernarse á sí mismos. Pero esto es falso, porque todos los hombres son libres por naturaleza. Ni se sigue que aquel que es mas estúpido que yo, esté obligado á ser esclavo mio.

## §. LXXX.

Hasta aqui hemos definido la esclavitud y la libertad. Pregúntase, por qué se dice que la esclavitud es contra la naturaleza? Resp. No se debe entender esto del derecho de la naturaleza, como si dijéramos que la esclavitud repugne al derecho natural y á la recta razon. Pues eso es falso, y se infiere (1) de que no repugna á la sociedad humana, y de que esta puede existir con la esclavitud de ciertas personas; (2) de que si repugnese á la razon y al derecho de la naturaleza, no la pudiera aprobar la Sagrada Escritura, como repugnante á la razon, y la Sagrada Escritura aprueba la esclavitud, 1. *Cor. VII. 20. seq.* Si se dice que la esclavitud es contra la naturaleza, es porque de las personas se hacen cosas; pues como hemos di-

cho, el esclavo de la clase de las personas pasa á la clase de las cosas, y no se hace de mucho mejor condicion que un buey ó un jumento. *L. 2. L. 27. §. 3. ff. ad L. Aquil. y L. 38. §. 1. 2. ff. de edict. V. Em. Merill. L. 11. obs. c. 35.*

### §. LXXXI.

Hasta aquí hemos visto que cosa sea libertad y esclavitud: ahora se trata de saber ¿como uno se hace esclavo? Resp. Los esclavos ó nacen ó se hacen. *Nacen* de nuestras esclavas. Asi que, si una esclava pare de cualquiera un hijo ó una hija, estos son de condicion servil; pues siendo cosas los esclavos, como hemos dicho en el §. LXXVII, se sigue que los partos serviles son de la misma condicion. Porque asi como el feto de la vaca que está en mi dominio tambien me pertenece, asi del feto de la esclava se dice que está en esclavitud. Y este esclavo que nace de una esclava nuestra se llama *verna*. De este derecho usaron ya los antiguos en tiempo de Abrahan, como se infiere del *Gen. XIV, 14.*, donde se dice que Abrahan armó á sus *vernas*. Como puede muchas veces suceder que un *verna* nazca del esclavo de Ticio y de la esclava de Mevio, se pregunta: el *verna* será para Ticio, ó para Mevio? Resp. Para Mevio: porque es jeneral en nuestro derecho la regla de que *el parto sigue al vientre*, §. XIX, *Inst. de rer. divis.* Y asi como un becerro enjendrado por el toro de Ticio y la vaca de Mevio, es de Mevio, asi tambien el *verna* nacido del esclavo de Ticio y de la esclava de Mevio, será de este. Otra cosa se deberá decir si se trata de la condicion del hijo, porque en un matrimonio lejítimo el hijo sigue la con-

dicion del padre, y fuera del matrimonio la condicion de la madre, por ejemplo: si el padre es noble, la madre plebeya, y hay lejítimo matrimonio entre ellos, los hijos son nobles. Si por el contrario, un noble tuvo que ver con una plebeya fuera de matrimonio, los hijos espúreos que de este ayuntamiento nacieron son plebeyos. Entre los príncipes hay la particularidad que de un marido príncipe y de una mujer plebeya ó noble no nazca un príncipe, á no haber sido elevada la madre por el emperador á la dignidad de princesa.

## §. LXXXII.

Asi nacen los esclavos. A veces se hacen tales aun quando hayan nacido libres; lo que sucede ó por el derecho de jentes ó por el civil. *Por el derecho de jentes*, por medio de la cautividad, pues todos los cogidos por el enemigo se hacian esclavos, de cualquiera condicion que fuesen. Tenemos el ejemplo del cónsul romano Atilo Régulo, que hecho prisionero por los cartajineses en la primera guerra púnica; cayó en una tristísima esclavitud, y por último pereció despues de haber sido cruelmente atormentado. *Flor. Hist. Rom. l. II c. II. §. 23.* Los antiguos discurrían de este modo. Nosotros podemos matar á los enemigos; luego podemos reducirlos á la esclavitud, y aun será un beneficio el que hagamos esclavos á aquellos que podemos matar; por lo cual los llamaban *servos*, como si dijéramos *servatos* (conservados), *mancipia* por *manucepta* (hechos prisioneros). §. 3. *Inst. h. t.* Hoy dia no se hacen esclavos los prisioneros de guerra, sino que se custodian hasta que se redimen ó permuten. Los

romanos á ningun cautivo redimian aunque estuviere sujeto á una deplorable esclavitud, y lo hacian con el fin de obligar á los soldados romanos á *vencer ó morir*. Cic. *de off. III. cap. ult.*

§. LXXXIII.

Tambien por el *derecho civil* se hacian siervos en castigo, y especialmente en dos casos. (1) Si un mayor de veinte años permitia venderse por el deseo de adquirir el precio. Es de saber que por Derecho romano ningun hombre libre podia ser vendido. Si lo era, inmediatamente gritaba pidiendo la libertad. Mas como algunas veces los jóvenes, deseosos de dinero, permitian venderse solamente por sacar el dinero á los compradores, y darse despues por libres, se mandó por un senadoconsulto que estos jóvenes si pasaban de veinte años permanecieran esclavos. Tenemos un ejemplo de semejante fraude en *Plaut. Pers. act. II. scen. III. v. 55. act. III. scen. I. et act. IV. scen. III. v. 9.* (2). Si se volvia á la esclavitud un liberto ingrato. La ingratitud es de dos maneras, una *simple*, y otra *grave*. Es *simple*, si uno devuelve beneficios á aquel que se los hizo; *grave*, si uno ademas trata mal y veja de cualquier modo al bienhechor. Los libertos volvian á la esclavitud, no por cualquier ingratitud simple, sino por la *grave*. *L. un C. de ingratis lib.*

§. LXXXIV y LXXXV.

Esto en cuanto á los modos con que se hacian esclavos. Pregúntase ahora: si entre ellos habia alguna diferencia? Resp. Se debe distinguir en-

tre el estado y el oficio. *Por razon del estado* no habia ninguna diferencia entre los esclavos, pues todos eran cosas, no personas; todos estaban destituidos de los derechos comunes de libertad, ciudad, testamentifacion, etc.; todos podian ser vendidos, enajenados y aun muertos por derecho antiguo. Mas *por razon del oficio* habia mucha diferencia entre los esclavos. Unos eran escribientes, lectores, procuradores, institores; otros sirvientes, que estaban en medio de los aposentos prontos para cuando los llamasen; otros cargados de cadenas vivian en la esclavitud. De un poco mejor condicion eran los que llamaban *statu liberi*, que eran aquellos que habian conseguido la esclavitud bajo condicion ó para cierto dia. Y asi, mientras llegaba la condicion ó el dia, permanecian en el estado servil; pero, sin embargo, eran tratados algo mas benignamente, porque esperaban la libertad.

§. LXXXVI....

§. LXXXVII....

#### TITULO IV.

##### *De los injénuos.*

§. LXXXVIII.

En este título se tratan principalmente dos puntos. (1) Qué sea igualdad? §. 88 y 89. (2) Quiénes sean injénuos? §. 90, 91, 92. Por lo que toca al primero hablaremos (a) de la etimología, §. 88, y de la (b) la definicion, §. 89. Por lo que hace á la *etimología*, decimos que se llaman

*ingénuos de gignendo* (enjendrar), porque les es injénua la libertad, ó lo que es lo mismo, porque fueron libres desde el momento que fueron enjendrados ó nacidos, y se diferencian de los libertinos en que aunque estos son libres, no lo son desde su nacimiento, sino desde el tiempo de la manumision.

## §. LXXXIX.

De lo dicho se colije la definicion. *Injénuo* es aquel que es libre inmediatamente desde que ha nacido. Y se requieren tres cosas para que uno sea injénuo: (1) que sea libre, pues el esclavo no es injénuo: (2) que sea libre desde el nacimiento; de aqui es que si uno nacido de una esclava fuese manumitido en el mismo momento del parto, sin embargo no seria injénuo, sino libertino: (3) que jamás haya estado en lejitima esclavitud. Porque si un solo momento hubiera estado en ella, no seria injénuo, sino libertino, aunque hubiese recuperado la libertad.

## §. XC.

Síguese ya la otra parte del título: quiénes son injénuos? pero antes daremos un axioma ó regla universal, por la cual pueda juzgarse de la injenuidad, §. 90; despues deduciremos de esta regla varias conclusiones §. 91, 92. El axiome es este: *Injénuo es el nacido de madre que por lo menos fue libre un momento en el tiempo de la concepcion, del parto, ó durante la preñez.* Pues por ser miserable la condicion del esclavo, los derechos siempre favorecen mas á la libertad que á la esclavitud, y por eso si desde el tiempo

de la concepcion hasta el de salir á luz la criatura habia sido libre por un momento la madre, juzgaban que el infante no era esclavo, sino injénuo.

## §. XCI.

Veremos ahora las consecuencias que nacen de este axioma: de él se infiere (1) que es injénuo aquel que ha nacido de padres libres, porque nunca estuvo en esclavitud. Asi es, por ejemplo, que el poeta Horacio escribe de sí mismo que era hijo de un libertino, y sin embargo, fue injénuo, porque sus padres, no él, eran los que habian estado en esclavitud. (2) Que la manumision no daña á la injenuidad. Por lo tanto, si un hombre libre obligado ilejítimamente á la esclavitud, recuperaba despues la libertad, no era libertino, sino injénuo, porque aunque habia estado en esclavitud, no era esclavo. (3) Que los hijos vendidos por el padre, y los deudores entregados á sus acreedores para satisfacer sus deudas, eran injénuos despues de la manumision. Porque es de saber, que los deudores que no tenian con que pagar, eran entregados á sus acreedores para que les sirviesen. Mas por quanto sin embargo no eran esclavos, sino que contribuian solamente con su trabajo, de un modo parecido á nuestros criados asalariados, asi que alcanzaban la libertad, no se hacian libertinos, sino injénuos. (4) Que es injénuo el nacido de mujer libre y de esclavo; porque no habiendo lejítimo matrimonio entre una libre y un esclavo, era claro que el parto debia seguir al vientre, como ya dijimos arriba en el §. 81. (5) Que tambien es injénuo el espurio nacido de madre injénua, aun-

que de incierto padre, por la misma razon de que fuera del matrimonio el parto sigue al vientre.

## §. XCII.

Añadimos estas dos consecuencias: (1) que aquel que á instancia de otro juró ser injénuo, (2) y aquel que el juez por una sentencia pronunciada declaró injénuo, eran tenidos absolutamente por tales. La razon es, porque el juramento y la cosa juzgada son tenidos por verdad, aunque despues aparezca otra cosa. Por ejemplo, si Ticio me debe ciento, y yo, negándolo él, le llevo á jurar y jura, nada me debe, aunque despues halle yo un recibo, del cual aparezca que ha jurado falso. Es, sí, reo de perjurio, y castigado como perjuro, pero no es obligado á pagar. Asi tambien, si uno me debe ciento, y yo instituyo la accion, pero sin embargo, no puedo probar la deuda, y por eso el juez le absuelve, nada puedo decir despues aunque halle el recibo. Por eso los prácticos forman la regla de que *la cosa juzgada hace de lo blanco negro, de lo negro blanco, de lo curvo recto, y de lo recto curvo*. Por lo mismo, si uno jura ser injénuo, llevándole otro á jurar, ó si el juez da sentencia que alguno es injénuo, permanece injénuo, aunque aparezca despues que juró falso, ó que el juez sentenció mal.

## TITULO V.

## De los libertinos.

## §. XCIII.

Hemos dicho arriba que los hombres libres que se oponian á los esclavos, eran injénuos ó

libertinos. Habiéndose tratado de los injénuos, se hablará ya de los libertinos. A cerca de estos se preguntará: (1) qué son? §. 93: (2) por qué modos fueron manumitidos? §. 94 hasta el 104: (3) cuántas clases hubo de libertinos? §. 105 hasta el 110: (4) qué derecho tuvieron los patronos sobre los libertinos? §. 111 hasta el 112.

(1) En primer lugar se pregunta: qué son libertinos? Resp. Aquellos que son manumitidos de una lejitima esclavitud. *Princ. Inst. h. t.* Decimos de lejitima esclavitud, porque ya dijimos un poco antes (§. 91.), que aquel que fue manumitido de una esclavitud ilejitima, no es libertino, sino injénuo. De aqui es que, v. gr., Tiro manumitido por Ciceron era libertino, porque estaba en la lejitima esclavitud de Ciceron; pero José manumitido por Faraon era injénuo, porque no estaba en una lejitima esclavitud, vendido injustamente por sus hermanos.

Adviértese de paso, que no se deben confundir en nuestro Derecho los vocablos *liberto* y *libertino*. Se llamaba uno *liberto* respecto del patrono que le habia manumitido; *libertino* por razon del estado á que pasaba por la manumision. Por tanto, puede decirse absolutamente, *Tiro fue libertino*; mas si se añade el patrono, se dirá: *Tiro fue liberto de Ciceron*, y no libertino de Ciceron.

#### §. XCIV.

(II) Se pregunta despues: por qué modos se hacia la manumision? (a) en el §. 94 definiremos la manumision, (b) en el 95 describiremos los modos solemnes, (c) en el 96 los menos solemnes, (d) y desde el 97 hasta el 104 trataremos separadamente de cada uno de ellos.

(a) La palabra *manumissio* se deriva de la frase latina *de manu datio*; pues en el Derecho *manus* significa potestad. De aquí es que de Rómulo se dice *omnia manu governasse*, esto es, que gobernó con autoridad y á su antojo, L. 2. §. ff. de O. J. Por eso se dice que los hijos están *in manu parentum*, esto es, en la potestad; y si salen de esta, se llaman *emancipados*, como si dijéramos *è manu dimissi*. Que el esclavo puede ser manumitido se prueba fácilmente. El esclavo es cosa (§. 77); luego está en el dominio. Lo que está en el dominio puedo desampararlo renunciando al mio; luego puedo renunciar al dominio que tengo en el esclavo. Si puedo renunciar al dominio, tambien puedo manumitirle, y por consecuencia puedo manumitir al esclavo.

### §. XCV.

Examinemos ya de cuantos modos se hace la manumission. Los dividiremos *en solemnes y menos solemnes*. (b) Los solemnes eran antiguamente tres: (1) *por censo*, si los esclavos con consentimiento de su señor eran inscriptos en las tablas censuales; (2) *por testamento*, si el señor moribundo legaba al esclavo la libertad; (3) *por el vindicta*, si el esclavo era manumitido á presencia del pretor ó de otro majistrado. Estos modos se usaban en tiempo de la república libre. El censo se hacia todavía alguna vez bajo los emperadores en Roma y en las provincias; cual fue aquel censo hecho en el reinado de Augusto en ocasion del nacimiento de Cristo, *Luc. VII. t.* Mas dejó de hacerse posteriormente desde el tiempo de Vespasiano. Y asi es que Constantino el Grande, en lu-

gar de esta manumision instituyó otra que se hacia en las sacrosantas iglesias, *L. 1. C. de his, qui in SS. Eccl.* Asi que, por Derecho nuevo son tres los modos solemnes; (a) manumision en las sacrosantas iglesias; (b) por testamento; (c) por vindicta.

### §. XCVI.

Los modos solemnes requerian ciertas solemnidades. Pero si los esclavos eran manumitidos sin ritos ni ceremonias, y los señores declaraban sin solemnidad su voluntad, la manumision era llamada (c) *menos solemne*. Podian ser manumitidos de este modo: (1) por cartas; (2) entre amigos; (3) por convite; (4) llamando á uno hijo. En una palabra, cualquier conjetura era bastante. Hay un ejemplo notable en Suetonio, *de claris reth., c. 1.* Como unos marineros condujesen en su barco esclavos de venta, colgaron al cuello de un muchacho un anillo de plata, en forma de corazon, de que usaban los hijos de los romanos nobles, para que los publicanos le tuviesen por injenuo, y el muchacho fue declarado libre, porque habia llevado con beneplácito de sus señores el signo de la injenuidad.

### §. XCVII.

(d) Vamos á tratar ya separadamente de cada uno de estos modos. *El censo* era el primero solemne. Por censo entendemos el rito de los romanos, por el cual eran inscritos cada cinco años por los censores todos los ciudadanos, sus hijos, haberes y facultades, y finalmente, la edad de todos, el sexo, la dignidad, etc. Servio Tulio, rey de

los romanos, era autor de este censo, que inventó para que los imperantes supieran cuantos soldados podian alistar, quanto dinero habia en la ciudad, y que impuestos podian echarse sin disminuir los capitales. *Liv. lib. 1.* y *Hor. lib. 1. c. 6.*, tratan prolijamente de este censo. Mas por quanto solo los hombres libres y los ciudadanos debian de ser inscriptos en las tablas censuales, de aqui es que los esclavos eran libres inmediatamente, si queriendo y mandándolo sus señores, se daban los nombres de ellos á los censores, y estos los inscribian en las tablas censorias.

### §. XCVIII.

En lugar de la manumision del censo sucedió la manumision en las sacrosantas iglesias, introducida por Constantino el Grande. *L. 1. C. De his qui in SS. Eccl.* Pues como antiguamente los jentiles manumitiesen alguna vez en el templo de los dioses (Jac. Godofr. *ad L. un C. Theodos de SS. Eccl.*), Constantino, emperador cristiano, juzgó que debia imitarlos en esto, y de alli nació la manumision en las sacrosantas iglesias. Se hacia de esta manera: (1) el señor conducia el siervo á la iglesia, y á presencia del clero mandaba que fuese libre. (2) Este acto se reducía á instrumento público, y le firmaba el señor. (3) Se abrian las puertas de la iglesia, y se permitia al esclavo que pudiera ir por donde le acomodase. Y como las puertas abiertas se liamasen en la edad media *portae passae*, de aqui trae orijen la palabra *pasaporte*.

## §. XCIX.

Síguese la manumisión *por testamento*, que se funda en nuestro principio. Siendo el esclavo una cosa, el señor podía disponer *mortis causa* del esclavo como cosa suya, y por lo mismo, ó legarle á cualquiera ó manumitirle. En testamento se manumitía directa ú oblicuamente. *Directamente*, siempre que lo hacia con palabras imperativas, v. gr., *Estico sea libre*. *Oblicuamente*, cuando lo hacia con palabras precativas, v. gr., *ruego á mi heredero que manumita á Estico*. Por último, se manumitía directa ó *espresamente* cuando se hacia mencion de la libertad dada con palabras espresas, v. gr., *Estico sea libre*; ó *tácitamente*, cuando se conocía por algunas señales la voluntad del testador, aunque no liciese en el testamento mencion de la libertad, v. gr., *mi esclavo Estico sea tutor de mis hijos*. El señor en este caso no dijo ni una palabra de dar la libertad al esclavo, y con todo, atendiendo á que el que quiere que Estico sea tutor, no puede menos de querer que sea libre, pues que el esclavo no puede ser tutor; de aquí es que se cree manumitido tácitamente: §. 2. *Inst. qui et ex quibus causis manum;* §. 1. *Inst. qui testament. tutorem dare posunt*. Por lo demas, habia la diferencia entre el manumitido directa y oblicuamente, que aquel no tenia patrono, y por eso se llamaba *liberto orcino*, porque su patrono estaba en el *Orco*, ó habia muerto. §. 3. *Inst. de sing. reb. per fideicommiss. relict.* Por el contrario, el manumitido oblicuamente tenia al heredero por patrono y le debía los derechos de patronato; de los cuales se hablará en el §. 112.

## §. C.

La manumision por *vindicta* tuvo nombre de la vara del lictor que se llamaba *vindicta* de Vindiccio, esclavo de los Vitelos, quien habiendo descubierto una conjuracion de ciertos jóvenes para traer al rey Tarquino, en premio de aquel servicio fue manumitido por el senado con la ceremonia que en adelante se conservó, *Liv. l. 2. c. 5. y L. 2. §. 24. ff. de O. J.* Hacíase esta manumision del modo siguiente: (1) el siervo era conducido á la presencia del majistrado que tenia la accion de la ley, como el cónsul, pretor, procónsul: (2) el señor le mandaba dar una vuelta, y (3) dándole una hofetada decia: *Quiero que este hombre sea libre.* (4) En seguida el lictor le daba un golpecito con la vara. Hechas estas formalidades era libre. Por eso Persio, *Sat. v. 75.*, dice:

*Heu sterilis viri, quibus una Quirites  
Vertigo facit.*

Sidonio, *lib. II. ad Anthimium, v. 545.*

*Donabis quos libertate Quirites  
Quorum gaudentes expectant verbera malae.*

Persio, *ibid. v. 88:*

*Vindicta postquam meus à praetore recessi.*

En cuanto á lo demas se debe observar que esta ceremonia se trasladó posteriormente á los caballeros nobles. Pues cuando servian en el aula se

numitia muchos, solamente eran libres los primeros, los demas permanecian en la esclavitud; v. gr., uno tenia cinco esclavos y manumitia á Siro, Dabo, Estico, Dromon: los dos primeros eran libres, porque solamente podia por esta ley ser manumitada la mitad; Estico y Dromon permanecian esclavos. Como los señores supieran esto, solian en el testamento escribir los nombres en un círculo para que no se pudiera saber quién era el primero, el segundo ni el último. Pero Augusto lo precavió mandando (3) que entonces ninguno consiguiese la libertad, sino que todos permaneciese esclavos.

§. CXXVI.

III. A la última pregunta responderemos en pocas palabras, que ningun uso tiene hoy dia esta ley, por haberla quitado Justiniano como envidiosa é inhumana, §. *un. Inst. h. t.*, sin embargo de ser utilísima á la república. De paso debe notarse que por decir Justiniano de esta ley que es en cierto modo envidiosa, Acursio soñó en la glosa que recibia su nombre de la palabra *canis* (perro). *Nam canis servat naturam*, dice, *qui stat in palea, qui nec sibi potest habere paleam, nec alii permitit accipere, sic nec sibi poterat tenere servos, quod moriebatur, nec libertatem patiebatur dare. Unde merito Caninia dicitur, ut fit consequens nomen rei.* Graciosamente por cierto!

## TITULO VIII.

*De los que son dueños de sí mismos (sui juris),  
y de los que están sujetos á potestad ajena  
(alieni juris).*

## §. CXXVII. CXXVIII.

Hemos concluido la primera division de las personas, segun la cual unos hombres son libres, otros esclavos; los libres, injénuos ó libertinos; de todos los cuales hemos tratado estensamente desde el título III hasta el VI. Síguese ya la otra division de los hombres. Unos son dueños de sí mismos (*sui juris*), otros sujetos á potestad ajena (*alieni juris*). Pudiera alguno pensar que esta division coincide con la primera, y creer que los hombres libres son los que se llaman *sui juris*, y los esclavos *alieni juris*. Pero esta division es muy diversa de la de arriba, porque los hijos é hijas de familia están sujetos á potestad ajena, y sin embargo no son esclavos, sino personas libres. Ante todas cosas, pues, se deben definir las personas *sui juris*, y las *alieni juris*. *Sui juris* ó dueños de sí mismos, son aquellos que no están sujetos ni á la potestad señoril ni á la patria, y estos se llaman *padres de familia*, de cualquier edad que sean; v. gr., el infante que llora todavía en la cuna es padre de familia si no tiene padre ni señor. Por el contrario, *alieni juris*, ó sujetos á potestad ajena, son todos aquellos que están en la patria potestad (y estos se llaman *hijos ó hijas de familia*), ó en la señoril (que se llaman *esclavos y esclavas*). En este título se trata de la potestad señoril, y en el siguiente de la patria.

## §. CXXIX.

De la *potestad señorial* se debe saber, (1) cuál es su fundamento? §. 129: (2) en qué consista? §. 130; (3) si recibió alguna variacion? §. 131.

I. El fundamento de la *potestad señorial* es el estado de los esclavos. Pues estos no son personas sino cosas, y las cosas están en el dominio; luego el esclavo está igualmente en el dominio de su dueño que el buey, el caballo ú otro jumento, de los cuales se diferenciaban poco los esclavos por Derecho romano, como hemos dicho arriba en el §. 77 y 80. De este principio nace la regla: *todos los derechos que competen al señor en su cosa, los mismos le competen en el esclavo.*

## §. CXXX.

II. De este axioma se derivan todos los derechos de los señores respecto de los esclavos. Porque (1) al señor competia antiguamente el derecho de vida y muerte en los esclavos. Pues asi como el señor puede matar á su caballo, de la misma manera podia matar á su esclavo, §. 1. *Inst. h. t.* La historia romana nos trae muchos ejemplos de esclavos ahorcados, crucificados, precipitados de las rocas, y arrojados á las piscinas. Véase á Séneca *de ira*, l. 3. c. 40. *de clementia*, c. 18. Plinio, *hist. n.* l. 9. c. 24. (2) Los esclavos eran objetos de comercio; de manera que podian ser vendidos, y por cualquier título transferidos á otro del mismo modo que un buey, un caballo, etc. (3) Todo lo que adquirian los esclavos lo adquirian para sus señores, y era igualmente de

### 174 De los que son dueños de sí mismos.

estos lo que adquirirían los bueyes , caballos , etc. Pues aunque los esclavos tenían peculio, que los miserables adquirirían á costa de mil privaciones, podían no obstante los señores arrebatárselo á su antojo; por lo cual Terencio Phorm. Act. I. Scen. I. 6. dice: *Quod ille unciatim vix de demenso suo, suum defraudans genium, comparsit miser, id illa (hera) universum accipiet, haud existimans quanto labore partum.*

#### §. CXXXI.

III. Pero en esto hubo despues variacion, porque las leyes romanas quitaron el derecho de vida y muerte , del cual abusaban cruelmente los señores. Bien conocido es el ejemplo de Polion , que mandó arrojar á la piscina á un esclavo por haber roto un vaso de cristal. Séneca , *L. c.* Así que , por derecho nuevo son reos de homicidio los que matan á su esclavo, §. 2. *Inst. h. t.*, y solamente se dejó á los señores el derecho de castigarlos, *L. un. C. de emend. serv.*; aunque tambien se imponia pena extraordinaria á los que abusaban de este derecho de castigar, como lo demuestra el notable ejemplo de la matrona Umbricia, relegada por Adriano por cinco años, porque trataba cruelísimamente á las esclavas por las mas leves causas. *L. 2. §. ult. ff. de statu hom.* Antonino Pio mandó se vendiesen, y que el dinero se entregase al señor , para que no fuesen tratados segunda vez tan atrozmente los esclavos de Julio Sabino , que castigados inhumanamente por su dueño, se habian refugiado á la estatua del príncipe como á un asilo. §. 2. *Inst. h. t.*

#### §. CXXXII.

## TITULO IX.

*De la patria potestad.*

## §. CXXXIII. CXXXIV.

Hemos hablado de la potestad señorial. Pero como los hijos son tambien personas sujetas á potestad ajena, por eso se trata aqui de la patria potestad. Ante todas cosas se debe observar que la patria potestad es, ó *de derecho de jentes*, ó *de derecho romano*. (1) Aquella es comun á todos los hombres; esta es tan propia de los romanos que Justiniano escribia: *Nulli enim alii sunt homines qui tali in liberos potestate utantur, quali nos utimur*, §. 2. *Inst. h. t.* (2) La potestad del derecho de jentes es comun á padre y madre: la potestad del derecho romano compete solamente al padre, no á la madre, en cuya potestad no están los hijos. (3) La potestad del derecho de jentes permite á los padres solamente aquellas cosas que son necesarias para educar los hijos: v. gr., que puedan dirigir las acciones de ellos, castigarlos, etc. Mas el derecho romano daba á los padres varones la misma potestad en los hijos que daba á los señores en los esclavos. (4) Finalmente, la patria potestad del derecho de jentes estableciendo los hijos economía aparte; la patria potestad romana no concluía mas que por la muerte, ó si el padre emancipaba los hijos. Se ve, pues, la gran diferencia que media entre una y otra potestad. Nosotros trataremos de la patria potestad romana, y espondremos (1) su fundamento, §. 135 hasta el 137; (2) los efectos 138, 139; (3) las variaciones, §. 140, 143; (4) los modos de adquirir la patria potestad, §. 144.

## §. CXXXV. CXXXVI. CXXXVII.

I. El *fundamento* de la patria potestad romana es el *dominio quiritario*, esto es, aquel dominio que no competia á otros que á los Quirites, esto es, ciudadanos romanos, §. 2. *Inst. de jur. nat. gent. et civili*. Se debe (1) observar que los hijos no fueron personas respecto del padre, sino cosas. Los esclavos respecto de ningun hombre eran personas; los hijos eran personas respecto de otros hombres, pero no respecto del padre. (2) Y como respecto de este fúesen cosas, no personas, estaban en el dominio del padre; y por eso podian ser vindicados lo mismo que cualesquier otras cosas, *L. 1. §. 2. ff. de rei vindic.*: ser hurtados é instituirse por ellos la accion de hurto, *L. 14. §. 13. y L. 38. §. 4. ff. de furt.* Finalmente, los hijos como cosas podian ser emancipados ó vendidos con rito solemne. Por cuya razon el ilustre *Corn. van Bynkershoeck* enseñó el primero *in libello de jure occidendi liberos*, c. 1. p. 145, *patriam potestatem romanam nihil fuisse aliud quam dominium juris Quiritium vel Quiritarium*. (3) De aqui nace el axioma, que toda la potestad que los señores usaban en los esclavos y en las otras cosas suyas, la misma usaban los padres en los hijos por derecho romano. Y aua era mas dura la condicion de los hijos que la de los esclavos, en que no podian estos ser vendidos mas que una vez, y manumitidos una vez se hacian libres, mientras que los hijos podian ser vendidos tres veces por el padre, y manumitidos dos veces, volvian no obstante á la patria potestad. Este es el fundamento de la pa-

tria potestad romana; y este el principal axioma, del cual se deriban todos los efectos de la patria potestad.

### §. CXXXVIII.

II. Estos efectos son de dos jéneros; unos se derivan del dominio quiritarario, de los cuales se tratará en el §. 137; otros, de que los hijos ó hijas no son personas respecto del padre, de que se hablará en el §. 139. Los efectos de la patria potestad que se derivan del dominio quiritarario, son estos: (1) que el padre tiene en los hijos derecho de vida y muerte, *L. 11. de lib. et posth. Dion. Halicarn., l. 11. p. 96.* Pero no se debe entender esto de una absoluta licencia de matar (pues esto, mas bien que tener derecho de vida y muerte, seria una injusticia), sino del derecho y facultad con que el padre como juez doméstico puede imponer á los hijos la pena capital por delito cometido, sin estar obligado á acudir al majistrado. De este modo castigaron los padres á C. Casio, *Val. Max. l. 5. c. 8.*; á Escauro, *Max. ib. §. 2.*; á Fulvio, *Sall. de b. Catil. c. 39.* (2) Que se permitia al padre vender tres veces á los hijos; de manera que vendidos dos veces, y manumitidos otras tantas por el comprador, volvian sin embargo á la patria potestad, y no salian de ella á no ser por la tercera manumision. *Dion. Halicarn., l. 11. p. 97.* (3) Que el hijo podia ser dado *noxae*, §. 7. *Inst. de nox. act.* Esta frase *noxae dare* significaba entregar para satisfaccion del daño al esclavo ó hijo que habia cometido un delito privado, como hurto, rapina, daño, injuria. Los padres estaban obliga-

dos, ó á pagar la multa por los hijos delincuentes, ó si no querian, podian poner al hijo bajo la esclavitud del que habia recibido el daño, ó entregarle á este para que tomara satisfaccion. (4) Que todo lo que adquirian, igualmente que los esclavos, lo adquirian antiguamente para el padre, como esplicaremos de propósito en el *Lib. II. Tit. 9.* (5) Que esta potestad se estendia á los nietos y biznietos de los hijos varones; pues siendo asi, que de quien es la cosa, del mismo es su accesion (por lo cual los hijos de los esclavos están bajo la potestad señorial); por la misma razon los hijos de los hijos están en la misma potestad en que están los hijos constituidos.

*Nota.* Esto es cierto respecto de los nietos de hijos, pues las hijas pasan por el casamiento á otra familia, y de aqui es que los hijos nacidos de ellas no están en la potestad del abuelo materno, sino en la de su padre, ó en la del abuelo paterno, si vive todavía.

### §. CXXXIX.

Siguen los efectos que nacen de que los hijos respecto del padre no sean personas, sino cosas. De este principio (1) se sigue que el padre y el hijo sean tenidos en los negocios privados por una sola persona, *L. ult. C. de pupill. et al. subst.* Por eso el padre hacia todas las cosas en lugar del hijo, y el hijo podia estipular para el padre, mas no para sí mismo. Pero esto solamente se debe entender de los negocios privados; pues en los públicos el hijo de familia era tenido por padre de familia; y asi el hijo podia ser tutor, cónsul, pretor, *L. 9. ff. de his, qui sui vel, etc.*

(2) Que no habia ninguna accion entre el padre é hijo de familia, ninguna obligacion, ningun litigio, ningun contrato. Pues nadie podia contratar ó litigar consigo mismo, *L. 4. ff. de Judic. L. 6. Inst. de inutil. stipul.* (3) Que el padre podia dar á sus hijos tutor en el testamento, §. 3. *Inst. de Tutor*; pues estando los hijos en el dominio del padre (§. 136), y pudiendo el señor testar libremente de sus cosas, por eso el padre podia tambien testar acerca de sus hijos impúberes, que debian ser rejidados despues de su muerte por los tutores nombrados. De cuyo principio inferian tambien (4) que los padres pueden substituir pupilarmente á sus hijos, esto es, disponer asi en el testamento: mi hijo sea heredero; si llega á morir dentro de la púbertad, sea Mevio heredero de él, *pr. Inst. de pup. subst.* (5) Que no pueden ni casarse, ni recibir en empréstito, ni hacer ninguna otra cosa de consideracion sin el consentimiento del padre.

## §. CXL.

III. Sin embargo, esta patria potestad romana sufrió varias mudanzas (1) acerca del derecho de vida y muerte, §. 140: (2) acerca de la venta de los hijos, §. 141: (3) acerca de lo adquirido por los hijos, §. 142: (4) acerca de la entrega del hijo para satisfacer al dañado, §. 143.

(1) Es de notar la primera variacion respecto del derecho de vida y muerte; pues (a) ya no puede el padre matar á los hijos, sino castigarlos moderadamente, *L. 3. C. de patr. potest. L. un. C. de emend. serv.* (b) Ya no castiga el mismo padre á sus hijos reos de un crimen, sino el juez, á quien no obstante el padre puede prescribir la sentencia que se

debe ejecutar por el juez, *L. 3. C. de patr. pot.* De aqui es, que cuando antiguamente no podia el padre cometer parricidio con los hijos (*Véase L. 1. ff. ad L. Pomp. de parric.*), hoy dia debe el padre ser castigado como parricida si matase al hijo ó hija. Es muy prudente la razon de esta mudanza. Pues ó el padre es indulgente, ó cruel, ó varon justo. Si indulgente, perdonará con facilidad al hijo, aunque sea muy malvado. Si cruel, fácilmente abusará de su derecho en el hijo, aunque esté inocentísimo. Finalmente, si varon justo, ejercerá con sumo dolor la justicia contra sus hijos. Es conocido el ejemplo de Dracon, legislador ateniense, que habiendo dado una ley por la cual mandaba sacar los ojos al adúltero, convencido su hijo de este delito, rogó que á él le sacáran uno, y el otro á su hijo. Por eso es muy prudente que el magistrado ejerza este derecho mejor que no el padre.

### §. CXLI.

(2) La otra mudanza se hizo acerca del derecho de vender los hijos. Porque por la notable ley de Constantino el Grande, *L. 36. C. de patr. qui. fil. distr.* (a) no puede el padre ejercer siempre este derecho, sino sobreviniendo una estremada pobreza, y no pudiéndose alimentar á sí y á su hijo. (b) No puede el padre enajenar á cualquier hijo, sino solamente al recién nacido. Pregunto, por qué solamente al recién nacido? Porque apenas era probable que hallase comprador. Quién iria á comprar á un esclavo para quien era necesaria una nodriza, y que ningun trabajo podia prestar en muchos años?

## §. CXLII.

(3) La tercer variacion pertenece lo adquirido por los hijos; pues el padre no adquiere hoy todas las cosas que tiene el hijo, sino que hay gran diferencia entre los peculios; de la cual hablaremos de propósito en el libro II, título IX.

## §. CXLIII.

(4) En cuarto lugar, un hijo no puede ser entregado hoy dia para satisfacer al que ha sufrido un daño, §. 7. *Inst. h. t.* (5). Raras veces compete hoy al abuelo la potestad sobre los nietos en vida del padre, porque actualmente poquísimas veces se casan los hijos sin que puedan mantener á los suyos; si pueden mantenerlos, y separan la administracion de sus cosas, entonces salen tácitamente la mayor parte de las veces de la patria potestad. (Véase el §. 199) Los demas efectos del derecho de patria potestad aun están en observancia.

## §. CXLIV.

(IV) Restan los modos de adquirir la patria potestad, en cuyo punto hay grande analogía entre los esclavos y los hijos, quienes por Derecho romano se diferenciaban muy poco de los esclavos, segun dijimos en el §. 137. Asi como los esclavos, ó nacen, ó son hechos esclavos, §. 81, del mismo modo los hijos, ó nacen ó se hacen tales. *Nacen* de lejítimas nupcias; y aqui se debe observar esta regla: *padre es aquel á quien demuestran por tal las nupcias lejítimas*, con tal

que haya nacido en tiempo lejítimo; á saber : á los siete meses de haberse casado , *L. 6. de his, qui sui vel etc.*, ó al décimo de la muerte del padre , *L. 3. §. pen. ff. de suis et legit. hered.* Se hacen por la *adopción*, ó por la *lejitimación*. Siendo , pues , tres los modos de adquirir la patria potestad , nupcias , lejitimación y adopción , se trata de las nupcias en el título X. , de la lejitimación en el mismo título , y de la adopción en el título XI.

## TITULO X.

### *De las nupcias.*

#### §. CXLV.

Las nupcias son el *el primer modo de adquirir la patria potestad*; por lo cual se trata de ellas en este título X. Se deberá aquí observar ante todas cosas , que se diferencian sobremanera los derechos acerca de las nupcias ; pues unas son lejítimas por derecho natural y de jentes ; otras por derecho canónico ; otras por derecho civil , y otras por derecho de los protestantes ; v. gr. , el derecho natural ignora absolutamente los ritos nupciales ; el derecho canónico los juzga necesarios , porque segun la opinion de los católicos el matrimonio es un sacramento ; el derecho civil cree que las nupcias solo consisten en el consentimiento ; finalmente , el derecho de los protestantes desecha la doctrina del sacramento , y permite á solo el majistrado que intervenga en los ritos nupciales. Para no tratar confusamente todas estas cosas , consideraremos por separado es-

tos derechos, y examinaremos, (I) qué son nupcias, §. 146, 147. (II) Con qué ritos se celebran, §. 148. (III) Qué personas pueden contraer matrimonio? §. 149 hasta el 163. (IV) Cual es la pena de las nupcias ilegítimas, §. 164.

## §. CXLVI.

(I) En cuanto á la *definición de las nupcias*, de distinta manera la definen los doctores del derecho natural, del canónico, del civil, y del protestante. (1) *Por derecho natural* las nupcias son *union de varon y de hembra dirigida á procrear hijos*. De aqui es que por derecho natural no se pregunta si deben unirse dos ó mas personas, si estas dos personas pueden ser cognadas ó afines, si la union debe ser perpétua, etc. Pues todas estas cosas se han inventado por las leyes civiles. Por derecho natural basta que se consiga el fin que es *procreacion de la prole*. Asi que, por derecho natural fueron legítimas las nupcias entre los hijos de Adan, esto es, entre hermanos y hermanas, porque entonces no habia otras leyes que prohibiesen semejantes matrimonios. (2) *Por derecho canónico* las nupcias son *un sacramento propio de los legos, por el cual el varon y la mujer se unen segun los preceptos de la iglesia*. Llamán á las nupcias sacramento; pues sabido es que los católicos establecen siete sacramentos, entre los cuales cuentan al matrimonio. Dicen que es un sacramento *propio de los legos*, porque á los clérigos está prohibido el matrimonio. Dicen, *por el cual se unen el varon y la mujer segun los preceptos de la iglesia*; pues no permiten á los majistrados juzgar de las nupcias porque son un sacramento, ni dar leyes sobre él; sino que juzgan que el conocimiento

de esto pertenece á la iglesia, esto es, al pontífice y á los obispos. (3) *Por derecho civil* son las nupcias, *union del varon y la hembra, consorcio de toda la vida, y comunicacion del derecho divino y humano*, L. 1. ff. de R. N. Llamán union al matrimonio, porque por derecho romano el consentimiento hace las nupcias, aun cuando no intervenga el concubito; á cuyo propósito pertenecen los notables textos de la L. 5. L. ff. de Rit. Nupt. *Union del varon y la hembra*, pues á los romanos les estaba prohibida la poligamia sumultánea, §. 6 y 7. *Inst. h. t.* Añaden, *consorcio de toda la vida*, pues la mujer estaba obligada á vivir en la misma casa con el marido; de donde se tomaron las frases, *domum ducere, uxorem ducere*. Y finalmente, *comunicacion del derecho divino y humano*, porque los romanos tenían sus dioses domésticos, á quienes llamaban Lares y Penates; y las mujeres se hacían partícipes de estos misterios domésticos. (4) Ultimamente, para los *protestantes* son las nupcias *una sociedad de varon y hembra, indisoluble, é instituida por voluntad de Dios para la procreacion de la prole y el mútuo auxilio de la vida*. Se llaman las nupcias *sociedad de varon y hembra*, segun las palabras del Gén. II. 24; *sociedad indisoluble*, segun San Mateo, XXIV. 6; *instituida por Dios*, segun el Gén. II. 21; se añade, *para la jeneracion de la prole*, segun el Génes. I. 2; y *el mútuo auxilio de la vida*, segun el Gén. II. 18.

### §. CXLVII.

De estas definiciones nacen los diversos fundamentos que hay para decidir las causas matrimoniales. Porque (1) el derecho natural las decide *por el*

*fin del matrimonio*; todo lo que á él repugna es ilegítimo, v. gr., el matrimonio del eunuco. (2) El derecho romano las decide *por la honestidad y las leyes civiles*. De aqui es, v. gr., que nadie puede casar con su hija adoptiva, sin embargo que no hay ningun impedimento de consanguinidad. (3) El derecho pontificio las decide *por los preceptos de la iglesia*. Por eso, v. gr., no permite el matrimonio á los clérigos. (4) Los protestantes lo aplican todo al *derecho divino* revelado en las sagradas escrituras. Estos diversos fundamentos producen tambien doctrinas diversísimas.

## §. CXLVIII.

Hasta aqui se ha tratado de la definicion de las nupcias. Síguense ya (II) las ceremonias con que se suele contraer el matrimonio. Y se debe saber aqui (1) que por derecho romano el solo consentimiento hace las nupcias, no el concúbito, no llevar la mujer á casa del marido; lo cual no es mas que el complemento de las nupcias. De aqui es que el ausente puede casarse con la ausente, *L. 5. ff. de rit. nupt.*; y muerto el ausente antes del concúbito, debe ser llorado por su mujer, *L. 6. ff. de eod.* Por eso valen tambien los pactos dotalés inmediatamente despues de las nupcias, aunque muera la esposa antes de entrar en el lecho nupcial. (2) Mas por derecho canónico se requiere ademas del consentimiento la bendicion sacerdotal. Porque sino interviene esta, el matrimonio será, si, *válido*, pero no *legítimo*, *C. 7. y c. 8. X. de divortiiis*; que es decir, que semejante matrimonio tiene efectos civiles entre los católicos; pero no efectos eclesiásticos. La iglesia no los reconoce por cónyuges. (3) Qué sucede entre los protes-

tantes? Resp. Estos (a) requieren el consentimiento, sin el cual no puede haber nupcias, *L. 2. ff. de ript. nupt*; (b) requieren tambien las ceremonias de cada pueblo, v. gr., las proclamas públicas, etc. (c) No observándose estas ceremonias, el matrimonio ni es lejítimo, ni válido. De aqui es que son castigados como concubinarios los que contraen matrimonio clandestino sin la bendicion eclesiástica, al cual llaman los franceses *un mariage de conscience*.

### §. CXLIX.

Se pregunta: (III) qué personas contraen nupcias? Nótense aqui los requisitos que siguen. (1) Que el varon sea puber, esto es, que tenga catorce años, *pr. Inst. h. t.*; pues de otra manera se cree que no es apto para el fin del matrimonio, esto es, la procreacion de la prole y el mútuo auxilio. Es verdad que el derecho canónico concede tambien las nupcias cuando, como dicen, la malicia suple la edad, *c. 3. X. de spons. imp.*; pero los protestantes no admiten esta doctrina respecto de los simples particulares. Tambien se conceden las nupcias á los príncipes impúberes, pero con la condicion de que se dilate su complemento hasta los años de la pubertad. (2) Que uno se case con una, una con uno: porque todos los derechos condenan la poligamia, excepto el derecho natural. Del derecho civil consta por el §. 6. *6. Inst. de nupt.* del derecho divino por San Mateo *XIX. 8. coll. cum. Gen. II. 18.*

llamaban *esclavos nobles*, y todavía en Inglaterra se llaman *Knights*. Mas despues que el príncipe les daba con la espada se hacian libres, y se llamaban *Riddere*. Y los caballeros malteses, sanjuanistas y los de otras órdenes se crean en el dia con la percusion de la espada.

## §. CI.

Ninguna solemnidad requería la manumision que se hacia *por carta*, mas que el señor confesase tan solo en una carta que él hacia libre á su esclavo. Pero Justiniano mandó posteriormente que firmaran la carta cinco testigos, *L. un. §. I. C. de latin. libert. toll.* La razon fue sin duda porque los señores negaban alguna vez obstinada y pérfidamente haber escrito tal carta, ó porque los esclavos que se escapaban, procuraban contrahacer cartas de esta clase; cuyos inconvenientes creyó remediar Justiniano mandando que cinco testigos estuviesen presentes á la manumision, y firmasen la carta.

## §. CII.

El siervo podia tambien ser manumitido *entre amigos* sin necesidad de carta, *L. un. §. C. eod.* Esto lo introdujo Justiniano á ejemplo de las últimas voluntades. Pues asi como es igual que el testador mande escribir el testamento, ó que espese su voluntad á presencia de siete testigos, de la misma manera es idéntico que uno manumita al esclavo por carta firmada por cinco testigos, ó que la haga sin carta á presencia de los testigos.

## §. CIII.

La manumision se hacia por medio de *un convite*; cuantas veces el señor convidaba á comer á su esclavo, y le mandaba que se pusiese con él á la mesa. La razon es porque de ciertas señales se coleja que se hacia tácitamente la manumision (véase el §. 99); y parecia una señal ciertisima de que el señor queria que fuese libre un esclavo el admitirle á su mesa. Porque es de notar que se tenia por indecoroso y cosa vergonzosa que el esclavo cenase con el señor; y asi es que los esclavos nose recostaban con el señor en los lechos de mesa, sino en unos bancos, para estar prontos á servir á sus señores. Por eso en Plauto, *Stich. Act. III. Scen. IV. 21.*, dice un esclavo:

*Potius in subsellis*

*Cynice accipiemur quam in lectis.*

Y Parásito, *ibidem. v. 32:*

*Haud postulo equiden me in lecto accumbere,*  
*Seis me imi subsellii esse virum.*

Lo que es igual que si dijese: basta el que permitas que cene con tus esclavos. No pudiendo, pues, cenar los esclavos con sus señores, se presumia que el señor manumitia á los esclavos, á quienes mandaba comer consigo á la mesa.

## §. CIV.

Por la misma razon se juzgaba que era libre aquel á quien el señor llama *hijo* en juicio, §. 12.

*Inst. de adopt.* Antiguamente los romanos llamaban muchas veces hijos á otros por cariño, como hacen los jermanos, no porque los adoptasen por eso al momento, sino para manifestar su amor con este nombre. Si, pues, un señor llamaba así á su esclavo, á la verdad no se hacia este hijo suyo en aquel mismo instante, porque para la adopcion se requerian muchas mas solemnidades que la sola denominacion de hijo; pero sin embargo, los romanos colejian de allí que el señor queria muchísimo á este esclavo, y por eso le consideraban manumitido.

## §. CV.

Hasta aqui de los modos de manumitir. Pregúntase ya (III) sobre el efecto de la manumision, y cuál era la condicion de los libertinos despues de ella? Primeramente hablaremos del Derecho antiguo, §. 105, despues del Derecho nuevo, §. 106 hasta el 109, y por último del Derecho novísimo, §. 110.

(1) Por el Derecho antiguo todos los esclavos manumitidos ó libertinos se hacian *ciudadanos romanos*, y por esta razon se hacian partícipes de todos los derechos que gozaban los ciudadanos romanos, de manera que hasta podian asistir á los comicios. Por lo cual dice Ciceron, *pro Cornelio Balbo*, c. 24. *Servos denique, quorum vis et fortunae conditio infima est, bene de rep. meritos, persaepe libertate, i. e. civitate publica donatos esse videbamus.* Los esclavos debian este beneficio al rey Servio Tulio, que habiendo sido de condicion libertina, habia subido á la dignidad reja, y acordándose de su primitiva fortuna, mandó que los esclavos ma-

numitidos fueran ciudadanos. *Dion. Halic. l. 4. 126.* Asi se observó desde los tiempos antiguos hasta Augusto, bajo cuyo imperio y el de su sucesor Tiberio, fue cuando empezó á ser mas dura la condicion de ciertos libertinos.

### §. CVI.

En efecto, (2) por Derecho nuevo no todos los libertinos se hacian ciudadanos, sino que unos eran *dediticios* y otros *latinos*. Acerca de los dediticios se dió la ley *Elia Sencia* en el año 755 de R., por la cual se mandó que los esclavos que por algun delito fueran azotados, atormentados, marcados en la frente, ó habian sufrido algun otro castigo infame, no fuesen ciudadanos despues de la manumision, sino dediticios, que era el nombre que se daba á los pueblos vencidos y subyugados por los romanos. Pues era mucho mas dura la condicion de estos que la de los ciudadanos romanos, *Lib. l. I. c. 37.*

Dionisio Halicarnaso, *l. 4. p. 28.*, explica muy bien la causa que movió á Augusto á hacer peor la condicion de ciertos libertinos. Antiguamente no se manumitian mas que los esclavos buenos y morigerados; despues los señores empezaron á manumitir á los rateros, ladrones, envenenadores, en premio de las maldades cometidas en compañía de sus señores; de donde resultaba que Roma se corrompía con el contacto de estos hombres abominables. Para que esto no sucediese en adelante, estableció Augusto por la ley *Elia Sencia* que los libertinos á quienes durante la esclavitud se les hubiese impuesto la pena de ser azotados, atormentados ó marcados, no se hiciesen ciudadanos, sino dediticios.

## §. CVII.

Los libertinos *latinos* fueron introducidos por Tiberio, bajo cuyo imperio se dió la ley Junia Norbana en el año 771 de R., por la cual se mandó que todos aquellos que no fueran solemnemente manumitidos (véase el §. 95), no se hiciesen ciudadanos romanos, sino *latinos*, §. 3. *Inst. h. t.* Latinos eran los pueblos que habitaban en el Lacio, los cuales eran de algo mejor condicion que las demas naciones vencidas (pero sin embargo de mucho peor que los ciudadanos romanos). Si, pues, no fuera alguno manumitido por testamento, ni por censo, ni por vindicta, sino menos solemnemente, por carta, entre amigos, por convite, etc., este no se hacia dediticio ni tampoco ciudadano, sino que se llamaba latino, ó latino juniano, del cónsul Junio, en cuyo consulado se dió la ley Junia Norbana.

## §. CVIII. CIX.

Así que, desde estos tiempos eran de tres maneras los libertinos, unos se hacian ciudadanos, otros *latinos*, otros dediticios, §. 3. *Inst. h. t.* (a) *Ciudadanos* se hacian cuando eran manumitidos por censo, en las sacrosantas iglesias, por testamento, ó por vindicta. (b) *Latinos*, siempre que se manumitian menos solemnemente, por carta, entre amigos, en un convite, ó por la denominacion de hijo, con tal que no se les hubiese impuesto pena infamante por algun delito. (c) *Dediticios*, cuando antes de la manumision habian sido azotados, atormentados ó marcados.

Muy diverso era el estado de todos ellos. (a) Los ciudadanos gozaban de los derechos comunes, como de *casamiento* (pues podian casarse lejitimamente, y sus hijos estaban en la patria potestad), *de los contratos* (pues podian comprar y vender en la ciudad los prédios y todas las demas cosas), *y de testamentifaccion* (pues podian testar, ser por otros instituidos herederos, y ser testigos en un testamento. (b) Los latinos tenian, sí, el derecho de los contratos, pero no de la testamentifaccion ni del casamiento, á no ser que se les concediese espresamente. (c) Ninguno de estos derechos tenian los *dediticios*, ni esperanza alguna de alcanzar el derecho de ciudad; por lo cual únicamente se diferenciaban de los esclavos en que no tenian señor.

### §. CX.

Resta (3) *el Derecho novísimo*. Por él (a) restableció Justiniano algunas costumbres antiguas, y quiso que todos los manumitidos fuesen ciudadanos, lo cual estableció en la *L. un. C. de lat. lib. toll.* y *L. un. C. dedit. lib. toll.* (b) Concedió á todos los libertinos los derechos de injenuidad, y mandó que no hubiese ninguna diferencia entre injénuos y libertinos. Y finalmente, (c) dió á los libertinos el derecho de poder llevar anillos de oro, *Nov. 78. c. 1.*, de cuyo adorno solo gozaban en otro tiempo los caballeros romanos. Porque es sabido que Anibal, despues de la batalla de Canas, envió á Cartago modios lleuos de anillos oro, para mostrar cuanta multitud de caballeros romanos habia muerto en aquella batalla, *Liv. lib. 23. c. Flor. 2. lib. 2. c. 6. §. 18. Valer. Max. l. 7. c. 2. n. 13. exemp. ext.* Asi que,

solos los caballeros llevaban antiguamente anillos de oro, y los príncipes daban esta insignia á los que querian admitir al órden acuestre, *Suet, Caes. c. 37. et 39. Vitell. c. 12. Tac. hist. l. 1. c. 13. §. 1. et lib. 2. c. 57. §. 5.* Justiniano por consiguiente fue en sumo grado liberal, pues que no solo quitó aquella diferencia de libertinos, sino que de estos hizo injénuos, y les concedió los anillos de oro que antiguamente eran propios de los caballeros romanos.

## §. CXI

Como antiguamente habia ciertos oficios entra el patrono y el liberto que conservó Justiniano, se pregunta: (IV) en qué consistian los derechos de patronato? (a) Su fundamento le mostraremos en este párrafo, (b) y referiremos sus derechos en el siguiente.

(a) El fundamento de todos los derechos de patronato es la *agnacion finjada*. Los romanos fingian que los libertos eran agnados, y como hijos de sus patronos, porque les debian una como vida, puesto que durante la esclavitud eran cosas, y por la manumision se hacian personas; de modo que debian á los patronos el beneficio de ser personas. Asi que, los patronos estaban en lugar de padres, y eran como los próximos agnados de los libertos. De aqui es que los libertos tomaban los nombres propios y los apellidos de sus patronos, como hijos, v. gr., el siervo manumitido por Ciceron, antes de la manumision se llamaba Tiron, y despues de la manumision Marco Tulio Tiron. Otros ejemplos se ven en *L. 94. ff. de Legat. 3. L. 88. §. 6. de Legat. 2. L. 108. ff. de cond.*

*et demonst.*; donde se manifiesta que los patronos dejaban muchas veces legados á los libertos con la condicion y ley que no mudasen el apellido del patrono.

### §. CXII.

De este fundamento se derivan (b) todos los derechos de patronato. En efecto, siendo el liberto á manera de hijo del patrono, (1) debia á este obsequio y reverencia; de manera, que asi como el hijo no podia citar á juicio al padre, á no pedir v<sup>enia</sup> al pretor, tampoco el liberto al patrono, *L. 9. ff. de obseq. patr.* (2) Estaba obligado á prestar ciertos servicios al patrono. Estos servicios eran *oficiales ó fabriles*. Los *oficiales* consistian en que el liberto acompañase por reverencia al patrono, y le asistiese para servirle en los convites y otras solemnidades. Los *fabriles* consistian en el arte ú oficio que ejercía el liberto; de manera que si, v. gr., era sastre, hiciera los vestidos al patrono; si zapatero, el calzado; si cantero, sus casas, etc. El liberto estaba siempre obligado á prestar los servicios *oficiales*, aunque no los hubiese prometido, *L. 9. §. 1. ff. de oper. lib.*; empero los *fabriles* solo habiéndolos prometido con juramento, *L. 6. ff. eod.* (3) El patrono sucedia abintestato como próximo agnado el liberto, á no dejar este hijos, *pr. Inst. de success. libert.* (4) El liberto estaba obligado á dejar en el testamento una porcion de la herencia al patrono, *§. 3. Inst. eod.*

### §. CXIII....

## TITULO VI.

*Quienes no pueden manumitir, y por qué causas se les prohíbe.*

## §. CXIV.

En varias ocasiones dejamos dicho que los esclavos eran tenidos por cosas entre los romanos. Y así pudiendo cada uno desamparar sus cosas y renunciar al dominio de ellas, se sigue que también puede manumitir á su antojo. Pero como según se ha observado arriba (§. 106.), los señores manumitian muchas veces á esclavos muy malvados, como esto redundase en perjuicio de la república, y como también algunas veces lo hiciesen los señores para defraudar á los acreedores, é hiciesen libres á los esclavos por otras causas deshonestas, Augusto determinó moderar estas manumisiones, *Suet. Aug. c. 40.* Y lo hizo parte por la ley Elia Sencia, de la cual se trata en este título, y parte por la ley Fucia Ganinia, materia del título VII.

## §. CXV.

En el §. 106 hemos dicho ya cuando se dió aquella ley. Aquí consideraremos dos de sus capítulos. Por el primero (1) se prohibía manumitir los esclavos en fraude de los acreedores, §. 115 hasta el 119; (2) por el segundo, que los menores de veinte años manumitiesen á no observar ciertas condiciones, §. 120 y 121.

## §. CXVI.

Acerca del *primer* capítulo se pregunta: (1) qué efecto tenia la manumision hecha en fraude de los acreedores, §. 116: (2) qué es manumitir en fraude de los acreedores, §. 117: (3) cuáles fueron las escepciones de esta regla, §. 118 119. (I) Pregúntase pues: qué efecto tuvo la manumision hecha en fraude de los acreedores? Sobre esto debe observarse la siguiente regla: *el que manumite en fraude de los acreedores, nada hace*. Los esclavos entre romanos, como entre otras naciones, constituian una principal parte de las riquezas, porque siendo los esclavos cosas, no se juzgaba menos rico aquel que tenia muchos esclavos que el que poseia muchos rebaños, campos y heredades. Y asi el que, v. gr., debia diez mil y tenia diez esclavos, cada uno de los cuales podia ser vendido en mil florines, tenia con que pagar. Pero los deudores maliciosos, en viéndose amenazados por los acreedores, solian manumitir á sus esclavos, y entonces no les quedaba con que satisfacer á sus acreedores. Y porque este fraude era impio, quiso Augusto que estas manumisiones fuesen nulas. Finalmente, debe observarse que en el derecho es muy distinto ser una cosa *nula*, ó ser de la clase de las *que se deben rescindir*. *Nulo* se dice aquello que no tiene efecto sin la accion judicial, v. gr., la enajenacion hecha por el infante; mas la palabra *rescindir* se aplica á lo que en sí tiene efecto; pero se hace irrito por el juez, por cierta y calificada causa, v. gr., la enajenacion de las cosas del menor hecha con el consentimiento del curador. Esta enajenacion es verda-

dera en sí, y tiene su efecto; pero no obstante, si aparece que el menor ha sido perjudicado, el juez podrá rescindir esta enajenacion, y dar al menor perjudicado la restitucion *in integrum*. Ahora bien, toda enajenacion hecha en fraude de los acreedores no es nula, sino que rescinde por el juez, y por esto compete á los acreedores la accion singular Pauliana para revocar lo que se ha enajenado en fraude suyo, §. 6. *Inst. de action*. Pero la manumision hecha en fraude de los acreedores no se rescinde, sino que *ipso jure* es nula. Aqui se pregunta que, por qué no es mejor el que se rescinda por la accion Pauliana? Resp. Porque (1) dada una vez la libertad, no se puede rescindir y quitar; y por eso las leyes prefieren declarar que no se ha dado. (2) Porque por la accion Pauliana se revoca lo que ha sido enajenado por el poseedor, y en la manumision nada se ha enajenado, ni hay poseedor que posea la esclavitud de que ha sido libertado el esclavo. Por eso no se podía socorrer á los acreedores de otra manera, que introduciendo el derecho de que el que manumite en fraude de los acreedores, nada hace.

## §. CXVII.

Se pregunta (II): qué es manumitir en fraude de los acreedores? Algunas veces se llama fraude á cualquier dolo con que uno engaña á otro. Pero no todo engaño es malo; por ejemplo: cuando el médico persuade á un muchacho que aborrece las medicinas, que el medicamento que le da es mas dulce que la miel. Solamente se llama dolo malo ó fraude si uno engaña á otro dolosamente, de suerte que sufra por ello daño, v. gr.,

si uno da á otro, sabiéndolo y con dolo malo, como si fuera de plata una moneda de cobre plateada. Por cuanto paes aquí solo se trata del fraude ó dolo malo, deben para haberlo concurrir dos cosas. (a) Animo, intencion ó voluntad de defraudar á los acreedores, esto es, que el deudor sepa que manumitiendo á los esclavos no tiene para pagar, y sin embargo lo manumite. (b) El efecto de no poder pagar á los acreedores, manumitidos los esclavos. Si cualquiera de estos dos requisitos faltaba, no era nula la manumision, v. gr., si uno hace libre á su esclavo Estico de buena fe, creyendo que es tan rico que puede satisfacer á los acreedores, nada obra en fraude de estos, porque le falta el ánimo ó intencion de defraudar. Y si uno manumite de treinta esclavos tres, y manumitidos estos queda tan rico que puede pagar á sus acreedores, tambien se juzga que nada obró en fraude de los acreedores, porque no se siguió el efecto, esto es, porque los acreedores no sintieron el daño.

### §. CXVIII y CXIX.

(III) De lo que se ha dicho se deduce fácilmente, qué escepciones tendria esta regla? Resp. Dos. (1) Si uno se juzgaba mas rico de lo que era, y manumitia de buena fe al esclavo, se le debia perdonar. Y aquí pertenece la regla: *muchas veces los hombres esperan de sus facultades mas de lo que estas permiten.* §. 3. *Inst. h. t.* Lo cual puede acontecer á los comerciantes, en cuyas negociaciones marítimas un viento hace á unos pobres y á otros ricos. (2) Si uno manumitia en testamento á un esclavo único, y al mismo tiempo

le institua heredero, se le debía perdonar. La razón de esta escepcion es esta. Entre los romanos era ignominioso que los bienes del difunto fuesen vendidos y repartidos despues de la muerte por los acreedores. Véase *Cic. orac. pro. P. Quinct. c. 15.* Por esta razón se permitia instituir heredero al esclavo, quien aunque heredero necesario, nada se lucraba de la herencia, pues el único objeto era que los bienes fuesen vendidos, no en nombre del difunto, sino del esclavo instituido heredero, y que así no se ofendiese la fama del difunto.

### §. CXX.

Sigue ahora el *último* capítulo, en donde se trata de que el menor de veinte años no podia manumitir, á no observarse ciertas condiciones. (1) El motivo de esta ley fue el fraude de los esclavos; pues si el heredero era todavía mancebo, le servian de auxilio en los amores impuros y otras voluptuosidades, y despues en premio estipulaban para sí la libertad; cuyos ejemplos traen *Plauto* y *Terencio*. Y como los señores fuesen reducidos de este modo á la pobreza, no sufrió Augusto que los menores de veinte años manumitiesen sin observar ciertas condiciones. Y (2) cuáles fueron estas? Resp. (a) Que la manumision se hiciese por vindicta, porque así debía hacerse á presencia del majistrado (véase el §. 100), y este podia conocer si se debía ó no conceder la manumision: (b) que se hiciese públicamente en el consejo; esto es, presentes los asesores del pretor ó del prócónsul; lo cual á no ser en este caso, no era necesario, porque los esclavos podian ser manumitidos al paso, como cuando el pretor ó el pre-

sidente iban al baño ó al teatro. §. 2. *Inst. de Libertin.* (c) Que se espresa la causa; esto es, que el mancebo diese la razon por qué queria manumitir aquel esclavo, y por qué causa merecia aquel beneficio. Una vez calificada de justa esta causa, era válida la manumision, aunque despues apareciese ser falsa. La razon está en el §. 116, y es que dada una vez la libertad, no se puede quitar.

## §. CXXI.

Finalmente, supuesto que el señor adolescente no podia manumitir á no ser por justa causa, se pregunta cuáles eran estas justas causas? Resp. Parecia justa causa de manumision (1) el parentesco, v. gr., si uno manumitia á su padre, madre, hijo, hija, hermano, hermanas. Pues que! podia acaso uno tener tambien por esclavos á sus padres, hijos ó hermanos? Muy bien podia suceder. Porque supongamos que el esclavo Estico tuviese de una esclava á Siro y á Dromon; que Siro tuviese á su vez de otra esclava á Dabo, y que despues el señor institua heredero á Siro. Entonces Estico, padre de Siro, Dabo, hijo de Siro y Dromon, hermano suyo, eran todos esclavos de Siro. El menor, pues, podia manumitirlos lejitimamente por conmiseracion. (2) Un particular beneficio recibido del esclavo, v. gr., si uno manumitiese á su pedagogo, nodriza ó preceptor. (3) Un particular afecto, v. gr., si uno manumitiese á su alumno, alumna ó colactáneo, esto es, aquel que habia mamado á los mismos pechos. (4) Un fin particular, v. gr., el tener al esclavo por procurador, ó el casarse con la esclava.

Porque ni el esclavo podia ser procurador, ni el injénuo podia casarse con esclava, aunque podia hacerlo con una liberta, véase el §. 162.

## §. CXXII.

Justiniano derogó la segunda parte de esta ley en el §. *ult. Inst. h. t.*, donde da razones bastante absurdas para esta derogacion. Asi, pues, por Derecho nuevo pueden manumitir entre vivos los adolescentes, con tal que tengan diecisiete años, y no están obligados á dar las razones, ni á manumitir precisamente por vindicta ni en el consejo. Por testamento pueden manumitir los púberes, esto es, los que han cumplido catorce años de edad. *Nov. 119. c. 2.*

## TITULO VII.

*Ley Fusia Caninia revocada.*

## §. CXXIII. CXXIV.

Hemos dicho arriba (§. 114) que Augusto restituyó la libertad de manumitir por dos leyes: la Elia Sencia y la Fusia Caninia. Hasta aqui hemos tratado de la primera en el título VI, sígnese ya la otra. Acerca de ella se pregunta: (1) por qué se dió, y cuando? §. 123, 124; (2) qué se mandó por ella? §. 125; (3) si está todavía en uso? §. 126.

I. Se pregunta: por qué, y cuándo se dió? Resp. Porque los romanos moribundos eran excesivamente liberales en manumitir esclavos. En efecto, (1) los que mueren, aunque avaros, suelen ser liberales; parte porque no necesitan ya de las

riquezas, y parte porque tienen envidia muchas veces de que las adquieran los herederos. (2) Entre los romanos habia una causa especial que refiere Dionisio Halicarnaso en estos términos. *Scio, qui tota servitia testamento libera esse juberent, ut benignitatis laudem post mortem ferrent, et in funeris elatione lecticam eorum magna pileatorum prosequeretur frequentia, in qua pompa quidam erant recens dimissi ex carcere, malefici mille supplicia meriti. Istos impuros urbis pileos plerique cum stomacho adspectant et respuunt, eorum consuetudinem, indignum facinus clamitantes, populum rerum dominum, et usurpantem sibi orbis imperium, talibus contaminari civibus.* Como sucediese, pues, que se contaminaba la ciudad con malos ciudadanos, Augusto coartó esta facultad de manumitir, *Suet. Aug. c. XI*, y lo hizo en el año 751 por la ley Fusia Caninia, dada por los cónsules Furio Camilo y Cayo Caninio, de quienes recibió esta ley el nombre de Fusia Caninia; pues los antiguos decian Fusio en lugar de Furio, Papisius en lugar de Papirius. L. 2. §. 36. *ff. de O. J.*

## §. CXXV.

II. Sigue el otro punto: qué se mandó por esta ley? Resp. (1) Que no se pudiese manumitir en testamento mas que parte de los esclavos. Y se debia observar esta proporción. Desde uno hasta diez esclavos, se podia manumitir la mitad; de once á treinta la tercera parte; de treinta y uno hasta ciento la cuarta parte; de ciento y uno hasta quinientos la quinta parte; y si tenia mas, no podia manumitir sino ciento. (2) Que si ma-

## §. CL.

(3) El tercer requisito es que sean ciudadanos todos los que contraigan nupcias, *pr. Inst. h. t.* Porque entre los esclavos no habia nupcias, sino contubernio, y entre los extranjeros, matrimonio, L. 13. §. 1. *ff. ad Leg. Jul. de adult.* Es decir, que los extranjeros tenian sí mujeres, pero esta union no producía los mismos efectos que las nupcias de los romanos. Porque ni habia dote, ni los hijos procreados de un tal matrimonio estaban en la potestad del padre. En pocas palabras, todos los hombres podian contraer el matrimonio del derecho de gentes, pero no las nupcias del derecho civil; cuya diferencia no existe en el dia. (4) Que los hijos no contraigan matrimonio sin el consentimiento del padre, en cuya potestad están. Entre los romanos (a) debia proceder el consentimiento del padre. *pr. Inst. h. t.*; (b) las nupcias contraídas sin él, eran malas; (c) el hijo del furioso, por derecho antiguo, no podia casarse en vida de su padre, *pr. Inst. h. t.* Hoy dia exigimos el consentimiento de ambos padres, y aun del curador; pero no tan rigurosamente.

## §. CLI.

(5) El quinto requisito, es que las personas puedan unirse segun las leyes. Porque entre ciertas personas se prohibian las nupcias (a) como incestuosas, §. 152. 161. (b) como indecorosas, §. 162. (c) como perjudiciales, §. 163.

## §. CLII.

(a) Como incestuosas estaban prohibidas las nupcias entre los próximos agnados y afines. Se pregunta pues: (1) qué es cognacion y afinidad? §. 152. (2) De qué modo se computan los grados, §. 453. 157, (3) Qué grados están prohibidos, §. 158. 160.

(1) Qué es cognacion y afinidad? Resp. *Hay cognacion entre las personas que descienden de un mismo tronco; por ejemplo, el padre y la hija (Figura 2, lám. I. A.) son cognados, porque descienden del tronco comun, el abuelo. El hermano y la hermana (Ibid. B.) son cognados, pues descienden del mismo padre ó madre. El tio paterno (Ibid. C.) es cognado mio, porque desciende como yo del mismo abuelo. Por el contrario, afinidad es parentesco entre un cónyuje y la familia del otro. Asi los padres, hermanos, hermanas, tios paternos y maternos de mi mujer son afines míos, y mis padres, hermanos, hermanas, son afines de mi mujer. Mas mi hermano y el hermano de mi mujer no son afines. Declárase en la Fig. 3 y 4, lám. I. En pocas palabras: la cognacion nace por la jeneracion; la afinidad por las nupcias.*

## §. CLIII.

(2) Pregúntase, cómo se computan los grados? Resp. *Grado no es otra cosa que jeneracion, y esta es señalada por una línea recta. Si se numeran muchas personas que enjendraron ó fueron enjendradas, se llama línea. Y al modo que la jeneracion se espresa por una línea, asi las personas*

que enjendran ó son enjendradas, se señalan por un circulito. Por ejemplo, un padre enjendró á un hijo: el padre es señalado con un circulito, y el acto de la jeneracion con una línea. La línea de cognacion es *recta* ú *oblícua*. *Recta* es la que comprende solas las personas que enjendran y son enjendradas; *oblícua* la que comprende tambien otras personas. (Fig. 5, lám. I.) La primera línea se llama *ascendiente*, porque asciende desde mí hasta mis projenitores; la última se llama *descendiente*, porque descende hasta la posteridad. Por ejemplo; mi tio, hermano de mi abuelo, y un primo carnal de mi padre, son cognados míos en la línea oblícua.

La línea oblícua es *igual* ó *desigual*. *Igual* es cuando de ambos lados concurre un número igual de personas y de grados; *desigual* cuando en un lado concurre mayor número de grados y personas que el otro. (Fig. 6, lám. I.)

### §. CLIV. CLV.

Consideradas estas definiciones, serán entendidas fácilmente las *reglas de la computacion de los grados*, que son tres:

(1) *En la línea recta son tantos los grados, cuantas las jeneraciones.* Por consiguiente, si quiero saber cuantos grados distan en esta línea dos personas, cuento solamente las líneas, uo los circulitos, por ejemplo: el padre y la hija distan un grado. (Fig. 7, lám. I. A.) El abuelo y sus nietos distan dos grados. (Ib. B.) Yo y mi tatarabuena distamos cuatro grados. (Ib. C.)

(2) *En la línea igual cuenta ambos lados el derecho civil, el canónico uno solo.*

(3) En la línea desigual el derecho civil cuenta ambos lados, el canónico solo el mas largo, segun se ve en la Fig. 8, 9 y 10, lám. I.

### §. CLVI.

Hasta aqui de la computacion de los grados de consanguinidad. De la afinidad se debe advertir que propiamente no hay en ella grados, porque la afinidad no nace de la jeneracion, sino de las nupcias, L. 4. §. 5. de grad. et cong. Pero no obstante, por analogía se han establecido tambien grados en la afinidad, y se numeran del mismo modo que en la consanguinidad, por lo cual en la figura se representan del mismo modo que en la consanguinidad. Las nupcias se indican por una línea curva que no se cuenta en la computacion, por ejemplo, en la línea recta mi *mādrastra* (Fig. 11, lám. I.) es afin mia en primer grado; mi *abuelastra*, ó la mujer de mi abuelo (*Ib. B.*), está conmigo en grado segundo; mi *bisabuelastra* en el tercero, y asi de los demas hasta el infinito.

Ni es absurdo el no contar la línea curva, signo de los casamientos, cuando segun la frase de la Escritura son una carne los dos cónyujes, y por eso se consideran muy bien aqui por una sola persona.

### §. CLVII.

En la prohibicion de las nupcias es tambien de gran importancia el *respecto de parentela*, como dicen, y tanto que siempre impide el casamiento. Y qué es el *respecto de parentela*? Es un parentesco entre dos personas, de las cuales una

está inmediatamente bajo el tronco comun, y la otra algo mas distante. Decimos que está *imediatamente* próxima al tronco comun, y por eso no basta que la una esté mas inmediata, y la otra mas próxima, por ejemplo: las tias materna y paterna están en lugar de mi madre, porque ambas á dos están inmediatamente próximas al tronco comun, aunque yo esté mas distante. (Fig. 12, lám. I.)

Por el contrario, la hija de mi tia paterna y mi hijo son entre sí cognados, pero no hay ningun *respecto de parentela*, porque ninguno de los dos está inmediatamente próximo al tronco comun. (Fig. 13, lám. I.)

Tamaño parentesco creyeron los antiguos que habia con estas personas, que las llamaron *Thii* y *Thiae*, como si dijésemos divinos y divinas, y las consideraron tan santas y venerables para nosotros, como nuestros mismos padres. Simplicio en su comentario *ad Epict. Enchirid. c. 37*, dice á este propósito: *Antiquiores leges ita veneratae sunt parentes, ut deos eos appellare no dubitarint. Sed quambis, in hoc divinam excellentiam veriti, patres dii appellari desierint, fratres tamen parum et sorores Graeci adhuc Θεῖες, qs. divinos divinasque adpellant, ut demonstrent quam rationem parentum adversus liberos esse existimarent.* Y así, pareciendo santas y venerables estas personas, no es de estrañar que las leyes divinas y humanas prohibiesen el que se contrajese matrimonio entre ellas.

### §. CLVIII.

Hasta aqui hemos visto la computacion de los grados; ahora pasamos á tratar (3) de las re-

glas que se deben observar en la prohibicion.

(1.<sup>a</sup>) *En la línea recta están prohibidas hasta el infinito las nupcias entre ascendientes y descendientes.* Todos los derechos convienen en esta regla: el divino, *Lev. XVIII. 7*, los prohíbe espresamente. Se añade *hasta el infinito*, para mostrar que nada importa que estén en cualesquier grados. Asi, por ejemplo, la cuarta abuela no se podrá casar con su tercer nieto, como tampoco la abuela con el nieto, ni la madre con el hijo. Por eso se suele espresar esta regla con el ejemplo, de que si Adán no hubiera violado el precepto divino de no comer del fruto del árbol, y Eva le hubiera quebrantado, y por ello hubiera muerto, no hubiera aquel hallado en todo el jénero humano mujer con quien volverse á casar, porque todos los hombres son descendientes de Adán, aunque distantes en muchísimos grados.

#### §. CLIX.

(2.<sup>a</sup>) *Por el derecho civil están siempre prohibidos el segundo y tercer grado en la línea oblicua; el cuarto y los demas solamente entre aquellas personas que están en lugar de padres ó hijos, esto es, entre las que hay el respecto de parentela.* Decimos que las nupcias están siempre prohibidas en el segundo grado, porque *en el segundo grado (Fig. 14, lám. I. A.)* están siempre los hermanos y hermanas, entre los que ni el derecho divino ni el humano permiten las nupcias. Decimos tambien, que *siempre están prohibidas en el tercer grado (Ib. B.)*, porque este grado no puede concebirse sin el respecto de parentela, que como hemos enseñado en el §. 157, siempre im-

pide las nupcias. Por eso no puedo casarme con mis tias materna ó paterna, asi como tampoco puede casarse la mujer con su tio paterno ó materno. Añadimos, que no están prohibidos *el cuarto ni los demas grados* (*Ib. C.*), á no ser entre aquellas personas que están en lugar de padres é hijos. Asi, por ejemplo, valen las nupcias entre los primos carnales, porque entre ellos no hay *respecto de parentela*, y están en cuarto grado. Mas no son válidas las nupcias entre mí y la hermana de mi abuelo, aunque estamos igualmente en cuarto grado (*Ib. D.*), porque hay *el respecto de parentela*. Esta es la regla del derecho civil. Pero el *canónico*, qué es lo que dispone? Este prohíbe las nupcias en muchos mas grados; pues que en la línea igual se entiende la prohibicion al cuarto grado (*Ib. E.*) de su computacion, *cap. ult. X. de consang.*, en cuyo capítulo se da la notable razon de ser tambien cuatro los humores en el cuerpo humano. En la desigual, *el respecto de parentela* estiende mas lejos la prohibicion, y por decirlo de una vez, la estiende hasta lo infinito. Por eso á Abel, por ejemplo (*Fig. 25, lám. I.*), si viviese y hubiera perdido á su mujer, le sucederia lo mismo que á Adan, pues no podria casarse, segun el derecho canónico, porque habiendo nacido todos los hombres de su hermano Set, estaban con él en lugar de hijos.

## §. CLX.

(3.<sup>a</sup>) La tercera regla de la afinidad, es que en cuantos grados se prohiben las nupcias por cognacion, en los mismos se prohiben por afinidad.  
(aa) En la línea recta están siempre prohibidas

hasta el infinito las nupcias entre ascendientes y descendientes; luego tambien lo estará el casamiento con la mujer del ascendiente ó descendiente, por ejemplo: yo no puedo casarme con mi madre, luego tampoco con mi madrastra (*Figura 16, lám. I.*) No puedo casarme con mi abuela, luego tampoco con mi abuelastra. (*Figura 17, lám. I.*) No puedo casarme con mi hija, luego tampoco con mi nuera. (*Fig. 18, lám. I.*) No puedo casarme con mi nieta ó biznieta, luego tampoco con la mujer de mi nieto ó biznieto. (*Fig. 19 y 20, lám. I.*) (bb) Del mismo modo sucede en la línea colateral. En el segundo grado está prohibido el matrimonio entre hermanos y hermanas; luego tambien entre los cónyuges de los hermanos y hermanas. (*Fig. 1, lám. II.*) En el grado tercero está siempre prohibido el matrimonio con los tios ó tias paternas ó maternos, luego tambien está prohibido con los cónyuges de estos. (*Fig. 2, lám. II.*) En el cuarto grado está prohibido el matrimonio entre primos hermanos, luego tambien con el cónyuge del primo carnal. (*Fig. 3, lám. II.*) Pero el derecho canónico multiplicó todavía estas prohibiciones cuando estableció tres jéneros de afinidad. Contráese el primero, por las primeras nupcias; el segundo, por las segundas; y el tercero, por las terceras; por ejemplo: si mi hermano se casa con Sempronia (*Fig. 4, lám. II.*), está esta conmigo en primer grado de afinidad. Si despues Sampronia (muerto mi hermano) se casa con Mevio (*Fig. 5, lám. II.*), yo estaré con Mevio en segundo grado de afinidad. Finalmente, si (muerta Sempronia) se volviese á casar Mevio con Ticia (*Fig. 6, lám. II.*), yo estaré con Ticia en tercer grado de

afinidad. El derecho canónico prohíbe las nupcias entre estas personas; pero entre los protestantes apenas se atiende esta prohibición.

## §. CLXI.

También hay *cognacion espiritual* introducida por el derecho canónico; *cognacion civil*, nacida del derecho civil; y *cuasi-afinidad*, que también es del derecho civil, de todas las cuales vamos á decir algo. El parentesco espiritual se contrae por el bautismo entre el bautizante y el bautizado, entre el padrino y el bautizado, entre los padres del infante y el bautizante, y también entre los padres y el padrino, etc. A todos estos prohíbe casarse el derecho canónico. *El parentesco civil* nace de la adopción; porque imitando la adopción á la naturaleza, los hijos adoptivos eran tenidos en el mismo lugar que los naturales, y por las mismas razones que se me prohibía casarme con una mujer parienta por jeneracion natural, por las mismas me se prohibían las nupcias con las que eran parientas mías por adopción, por ejemplo: el padre no podía casarse con la hija natural (*Fig 7, lám. II*), luego tampoco con la adoptiva; el abuelo no podía casarse con la nieta natural, luego ni con la adoptiva; el hermano no podía casarse con la hermana natural, luego tampoco con la adoptiva. Pero como esta prohibición viene solamente de la ley civil, y no se funda mas que en una ficción, puede dispensarse fácilmente. Por esta razón el emperador Antonino el Filósofo dió en casamiento su hija Lucilia á su hermano adoptivo Lucio Vero. (*Fig. 8, lám. II.*) La *cuasi-afinidad* es un parentesco que

se contrae, no por las nupcias, sino por los esponsales; v. gr., mi hermano contrajo esponsales con Ticia, y antes de casarse muere este pues entre Ticia y yo hay cuasi-afinidad, que no permite que me case con ella.

## §. CLXII.

Hasta aqui se ha tratado de las nupcias incestuosas. (b) Tambien prohiben las leyes otras como *indecorosas*, ó (1) por la desigualdad de condicion, v. gr., entre un senador y una liberta, entre un ingenio y una comedianta, ó una ramera; cuya prohibicion es de la ley Julia y Papia Popena; pero hoy no está en uso, y aun fue derogada por Justiniano, *L. 23. y L. ult. de nupt.* ó (2) por una anterior impudicia, por ejemplo: entre el adúltero y la adúltera, el raptor y la rapta. (3) Por cierta veneracion, por ejemplo: el matrimonio entre el padrasto y la viuda del hijastro (*Fig. 9, lám. II.*); sin embargo de no haber entre estas personas ninguna afinidad, á no ser del segundo jénero, la cual por otra parte no se atiende. *L. 15, Inst. h. t.* Y tambien están prohibidas las nupcias con la hija de la mujer repudiada que ésta tuvo de otro matrimonio (*Figura 10, lám. II.*), §. 9. *Inst. h. t.*; sin embargo de no haber tampoco mas afinidad que de segunda clase.

## §. CLXIII.

(c) Como *perjudiciales* están prohibidas las nupcias, ya (1) por causa de la religion, entre un cristiano ó una judía, *L. 6. c. de Judaeis*, ó (2) por menoscabo de los bienes de la casa entre el

tutor y su hijo y la pupila, porque el tutor puede usar de este pretesto por negarse á dar cuentas, *L. 59. ff. h. t.*, ó (3) por recelos de tiranía entre el presidente de una provincia y una mujer natural de ella; pues era espuesto que el presidente, contrayendo afinidad con alguna familia poderosa de su provincia, se prevalliera de su auxilio para tiranizarla, como Marco Antonio en el Egipto casándose con la reina Cleopatra, *L. 57. L. 64. ff. h. t.*

### §. CLXIV.

(IV) Es la última cuestion: si uno se casase contra lo dispuesto por estas leyes, qué pena tendria? Resp. Segun el §. 12. *Inst. h. t. la nulidad.* Asi que, seria nulo el matrimonio, y no habria cónyuges, ni dote. Los hijos nacidos de semejante union no son legitimos, ni están constituidos en la patria potestad, sino que son bastardos. Y aun algunas veces se puede imponer á semejantes personas una pena mucho mayor, como la capital, ó la próxima á esta; como si, por ejemplo, se cometiese incesto entre ascendientes y descendientes, ó entre un hermano y una hermana; por lo que en esto se debe atender á la costumbre de cada provincia en particular.

### *De la legitimacion.*

### §. CLXV.

*Otro modo de reducir los hijos á la patria potestad* es la legitimacion. Pero nada absolutamente hablan de ella las Pandectas, porque fue in-

ventada por Constantino el Grande, y por lo mismo despues de la época en que vivieron los jurisconsultos, de cuyos escritos fueron sacadas las Pandectas. Algunos sobre este punto objetan la *L. ult. ff. de adopt.*, y la *L. 57. ff. de ritu nupt.*; de las cuales dicen constar que antes de Constantino el Grande estaba ya en uso la legitimacion. Pero resp. que la *L. ult. ff. de adopt.* no trata, segun se infiere de la rúbrica, de la legitimacion, sino de la adopcion, y que la *L. 57.* solo comprende un privilegio especial que no puede servir de ejemplo.

### §. CLXVI.

Esplicaremos por partes la definicion de la legitimacion que corresponde á este §. La legitimacion es *un acto*. Algunos dicen que es un acto lejítimo (§. 70.); pero se engañan mucho, porque (1) los actos lejítimos fueron sacados por los jurisconsultos de las leyes de las XII tablas, *L. 2. §. 6. ff. de O. J.*; y la legitimacion no es, ni de los jurisconsultos, ni de las leyes de las XII tablas. (2) Los actos lejítimos se hacen solemnemente, y la legitimacion no exige solemnidad alguna. Luego basta que digamos que la legitimacion es un acto. *Es un acto por el cual se finje que los hijos ilejítimos han nacido de lejítimo matrimonio*. El fundamento de la legitimacion es la ficcion: la ley finje que nacieron de lejítimo matrimonio los que en realidad han nacido fuera de él. En el derecho se hallan muchísimas ficciones semejantes. Por ejemplo; en el derecho de posliminio se finje que jamás estuvo prisionero el que volvió á su casa de la cautividad, §. 5. *Inst.*

*quibus modis jus patr. potest. solv.* Por el contrario, la ley Cornelia finje que el que muere en cautiverio, ha muerto en la ciudad, L. 18. *ff. de captiv. et postlim.* Sobre cuyas ficciones del derecho escribió un elegante tratado el célebre jurisconsulto frances Auton. Dadin. Alteserra. De esta manera es como la ley finje que ha nacido en matrimonio el que realmente no nació en él. Además se dice en la definición, *quedando por consiguiente sujetos á la patria potestad á manera de los legítimos.* Aquí tenemos el efecto de la legitimación. Los hijos nacidos fuera de matrimonio no están en la patria potestad, ni siquiera se les conoce padre, porque padre es aquel á quien señalan por tal las nupcias legítimas, L. 5. *ff. de in jus. voc.*; y por eso se llaman hijos naturales, pues aunque tienen padre por naturaleza, no le tienen por derecho. Mas por la legitimación son reducidos á la patria potestad, y por esta razón en el §. 161 dijimos que la legitimación era causa de la patria potestad,

## §. CLXVII.

Esta es la definición. Por ella se puede conocer desde luego qué clase de hijos ilegítimos puede ser ilegitimada. Los hijos ilegítimos son de cuatro jéneros: (1) Unos se llaman *hijos naturales ó bastardos*; y son los nacidos de una mujer honesta, pero fuera de matrimonio, es decir, de una concubina. (2) Otros se llaman *espúrios*, que nacen de una mujer que comercia con su cuerpo, una ramera. (3) Otros se llaman *adulterinos*, y son los que han nacido de adulterio. (4) Otros *incestuosos*, esto es, naci-

dos del ayuntamiento de aquellas personas que no pueden contraer matrimonio por parentesco de consanguinidad ó de afinidad. Responderemos, pues, que solo pueden ser legitimados los *naturales*, no los espúrios, ni adulterinos, ni incestuosos, §. *ult. Inst. h. t. L. 10. C. de nat. lib. Nov. 117. c. 2.* La razon es porque la legitimacion se hace por ficcion: pues las leyes finjen que los hijos que han de ser legitimados han nacido de legitimo matrimonio (§. 197); pero como toda ficcion suponga términos hábiles, y no pueda finjirse matrimonio con una ramera (§. 162), y mucho menos entre el adúltero y la adúltera, y los agnados y afines próximos, síguese que semejantes hijos son absolutamente incapaces de legitimacion.

### §. CLXVIII.

Pasemos á la division de la legitimacion. Relativamente al modo, es de tres maneras; pues ó se hace *por subsiguiente matrimonio*, ó por *oblacion á la curia*, ó por *rescripto del príncipe*. La primera fue inventada por Constantino el Grande con el fin de abolir el concubinato. Y por eso dispuso que este modo de legitimar valiera tan solo para lo pasado, y no para lo futuro. Pero Justiniano mandó despues que fuera un modo perpétuo de legitimar. *Nov. 74. Véase Desider. Herald. rer. et quaest. jur. quotid. lib. c. 4. §. 2.* El otro modo le inventó el emperador Teodosio el Joven, *l. 3. C. de nat. lib.*, y el tercero Justiniano, *Nov. 74.*

### §. CLXIX.

*Por subsiguiente matrimonio* son legitimados

los hijos naturales nacidos de concubina, por otra parte mujer honesta, al punto que el padre muda el concubinato en legítimas nupcias, y toma por mujer á la madre de estos hijos. Requiere-se pues, (1) que la madre sea mujer honesta, no ramera, etc., §. *últ. Inst. h. t.* (2) Que contraiga legítimo matrimonio. En este caso se finje que los hijos nacidos antes de este matrimonio nacieron despues de contraido, y que por lo mismo son legítimos. Pero se pregunta: (3) si no se requiere tambien la escritura dotal? Pues parece que espresamente la exige el emperador en el §. *últ. Inst. h. t.* A esto se responde, que hoy no es necesaria, pero que lo era en tiempo del emperador Justiniano, porque entonces no habia ningun rito solemne nupcial. La confarreacion y coencion que usaban los antiguos, habian caido en desuso. La bendicion sacerdotal *coram-facie ecclesiae* todavía no estaba recibida (\*), y asi no hubiera habido entonces ningun signo para distinguir el amor conyugal del concubinato mas que la escritura dotal. Asi es que en Plauto, *Trin. Act III. Scen. 2. v. 63*, leemos que un jóven de Lesbos no queria dar en matrimonio sin dote á

(\*) Se engaña: porque Guil. Est. 4. *Santent. dist. 26.* §. 10. Gasp. Juenin. *Comment. de Sacrament. Diser. XI. quaest. 3.* R. Hyac Drouven, *De Re Sacrament, lib. 10. quaest. 2.* y otros doctísimos varones hacen ver que segun la tradicion de los SS. Padres, la bendicion sacerdotal se tuvo siempre en la iglesia como esencial y absolutamente necesaria al sacramento del matrimonio. Y que antes de Justiniano fue recibida en la iglesia la bendicion sacerdotal: consta claramente de Tertuliano, *lib. 2. ad Uxorem*, de San Ambrosio, *Epist. 70*, y del canon 3 del concilio IV de Cartago, año 398 de Cristo.

su hermana Lesitela, porque habia disipado todos sus bienes, dando esta razon:

*Sed ut inops, infamis ne sim, nec mihi hanc famam differant,*

*Me germanam meam sororem in concubinatum tibi Sic sine dote dedisse magis, quam in matrimonium.*

Por consiguiente, sin dote apenas se podia distinguir entonces la mujer de la concubina; y asi no es estraño que Justiniano exijiera la escritura dotal. Pero en el dia se distingue fácilmente la mujer de la concubina por medio de la bendicion eclesiástica, y no se necesita ya de aquel signo.

### §. CLXX.

El otro modo de legitimar es por *oblacion á la curia*; y para esplicarle nos valdremos de las antigüedades. Por *curia* se entiende aqui los magistrados municipales, pues en cada municipio habia senadores que se llamaban decuriones, á quienes presidian los duunviro, que eran como los cónsules. Estos oficios estaban unidos con la dignidad, y ademas este órden gozaba de jurisdiccion en el municipio. Pero sin embargo, los hombres aborrecian muchísimo estos cargos, tanto que Bernabé Brison, *Antiq. Rom.*, ha observado que los cristianos fueron alguna vez agregados por los jentiles á la curia por via de castigo. La razon era por los crecidos gastos que hacian los curiales. Pues tenian que dar á su costa al pueblo espectáculos, juegos, convites, tanto que alguna vez les absorvia aquella dignidad todo su patrimonio. Véase *Antiq. nost. Rom. h. t.* Siendo

tan espléndida la miseria de los curiales, vemos á los hombres atraídos con varios privilegios, para que se consagraran á la curia, entre los cuales fue uno este de Teodosio, que si uno ofrecia su hijo natural á la curia, quedaba legitimado al momento, *L. 3. L. 4. L. 9. C. de not. lib.* Pero no necesitándose hoy de estos privilegios, y ambicionando los hombres de nuestros tiempos la dignidad de decurion, aun en las poblaciones pequeñas, y no soliendo los decuriones de nuestra época dar á sus espensas ni juegos ni espectáculos, es claro que hoy dia es de ningun uso este modo de legitimar.

## §. CLXXI.

El último modo de legitimar es el que se hace *por rescripto del príncipe*; y consiste en que el padre presente solicitud á la suprema autoridad, y pida que legitime á su hijo ó hija natural. Hecho esto, se sigue el rescripto, y entonces el hijo es tenido por legítimo.

## §. CLXXII.

Trataremos ya de los *derechos de los legitimados*. Hemos dicho arriba (§. 166.) que por la legitimacion son reducidos á la patria potestad los hijos naturales. De este principio será fácil deducir todos los efectos de la legitimacion. De él se infiere (1) que no se puede hacer la legitimacion sin el consentimiento de los hijos, *L. 11. ff. de his, qui s. v. a. j. sunt*. Esto puede parecer extraño, porque la legitimacion es un beneficio. Pero tambien es una carga, por quanto es una capitisdisminucion; pues por ella de hombre *sui juris*

se hace hijo de familia, y por lo tanto sujeto á potestad ajena. Antes el lejítimo adquiria para sí, porque no tenia padre, despues adquiere para el padre. Luego es muy justo que se exija su consentimiento. (2) Los lejitimados suceden al padre. Pues se hacen hijos de familia, hijos lejítimos, herederos suyos, deben sin duda suceder al padre. Sin embargo, se debe distinguir si la lejitimacion se ha hecho por rescripto del príncipe, ó por subsiguiente matrimonio. En este último caso suceden indistintamente al padre lo mismo que los lejítimos, §. *últ. Inst. h. t. §. 2. Inst. de hered. ab intest.* Mas si medió rescripto del príncipe, entonces se debe ademas examinar si el padre quiere, y si el príncipe espresa ó no en el rescripto que sucedan los lejitimados. Si no lo ha espresado, no suceden, á no ser solos; pero si lo ha espresado, suceden; aunque de modo que los lejítimos que antes habia tengan la principal porcion lejítima.

## §. CLXXIII....

## TITULO XI.

*De las adopciones.*

## §. CLXXIV.

Trátase aqui de la adopcion, porque *es el tercer modo de adquirir la patria potestad*; pues habiéndose tratado de los dos primeros, á saber: de las nupcias y de la lejitimacion en el título X, resta que en este hablemos de la adopcion. Entre los romanos era muy frecuente, pero entre nos-

otros se ve raras veces, aunque no es enteramente desconocida; la razon de esto la veremos abajo. Ahora empezaremos tratando de la definicion.

§. CLXXV.

La adopcion se toma de dos modos; ó en sentido lato ó en sentido estricto. Si se toma en sentido *lato*, comprende en sí dos especies, *la arrogacion y la adopcion*; si se toma *estrictamente*, entonces se *opone á la arrogacion*. Tomemos ahora latamente esta palabra, y digamos: *qué es adopcion tomada en este sentido jeneral y lato?* Resp. *Es una accion solemne, por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto á uno que no lo es por naturaleza*. Dicese *accion solemne*, porque se hacia á presencia del pueblo en los comicios, ó por la moneda y la libra delante de cinco testigos, el que les pedia su testimonio, y el fiel que tenia la hazienda, como luego veremos. Y tambien puede hoy llamarse *accion solemne*, porque se hace á presencia del príncipe, ó del majistrado. Dicese, *por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto*, etc. Y debe notarse que en la palabra hijo se comprende la hija, y en la de nieto la nieta; pues lo mismo puede ser adoptado el hijo que la hija. Se añade, *á uno que no lo es por naturaleza*. Asi, v. gr., Moisés no era hijo de la hija de Faraon por naturaleza, sino por adopcion. De esta definicion se deriva el axioma que reina en todo el título, de que *la adopcion imita á la naturaleza*, cuyo axioma tenemos literalmente en el §. 4. *Inst. h. t.* El verdadero sentido de este axioma es, que el que por naturaleza no puede ser padre ó hijo, tampoco lo puede ser por adopcion; v. gr.,

un muchacho de diez años no puede ser padre natural, luego tampoco adoptivo. El hijo no puede ser mayor en edad que su padre natural; luego tampoco por la adopcion puede ser hijo el mayor de edad del que lo es menor; pues que la adopcion imita á la naturaleza. De este axioma nacen muchas consecuencias dignas de notarse, que examinaremos en los §§. 176, 177.

### §. CLXXVI.

Por lo dicho se conoce fácilmente, qué personas pueden adoptar? Todas las que pueden ser padres y enjendrar. Podrán, pues, los castrados adoptar? De ningun modo; y es absurda la novela 26 de Leon, que permitió á los eunucos el derecho de adoptar, puesto que la adopcion imita á la naturaleza. (2) Y los impúberes? Tampoco: porque, qué necesidad tienen de hijos los que todavía son muchachos? Los impúberes no pueden enjendrar, luego tampoco adoptar; la adopcion imita á la naturaleza. (3) Y las hembras? Se niega. La adopcion imita á la naturaleza; es asi que los hijos naturales no están en la potestad de la mujer; luego tampoco por la adopcion pueden hacer suyos los hijos ajenos. No obstante, por privilejio se concedió á las hembras el derecho de adoptar, para que se consolaran de la pérdida de sus hijos, §. 10. *Inst. h. t. L. 5. C. h. t.* (4) Y los menores en edad pueden adoptar al que sea mayor que ellos en edad? De ningun modo. La adopcion imita á la naturaleza, y no pudiendo, segun esta, ser uno por un orden regular padre antes de los diez y ocho años de edad, ni abuelo antes de los treinta y seis, sí-

guese que el adoptante debe esceder al adoptivo á lo menos en una pubertad plena, esto es, en dieziocho años, si quiere adoptarle por hijo; en dos pubertades plenas, esto es, en treinta y seis años, si quiere adoptarle por nieto, §. 4. *Inst. h. t.* Pero como hayamos dicho arriba que el castrado no puede adoptar, y se observe otra cosa en el espadon de quien dicen que puede hacerlo, §. 9. *Inst. h. t. L. 2. §. 1. L. 40. §. 2. ff. h. t.*, se pregunta: en qué se diferencian los *espadones* de los eunucos ó castrados? Resp. *Espadones* son aquellos cuyo impedimento es temporal, como por enfermedad. Eunucos ó castrados son los imposibilitados para siempre *ob exsectionem*.

## §. CLXXVII.

Dice tambien la definicion que el fin de la adopcion es el consuelo de los que no tienen hijos; lo que nos ofrece un nuevo axioma, del cual nacen tres consecuencias. (1) Que por lo regular no pueden adoptar los que no han llegado á los sesenta años. *L. 17. §. 2. Inst. h. t.* (2) Que tampoco se permite fácilmente que adopten aquellos que ya tienen hijos naturales, *L. 17. §. 3. ff. eod.* (3) Que se exige el consentimiento del hijo de aquel que quiere adoptar á otro por nieto. *L. 5. L. 6. ff. h. t.* La razon de esta última consecuencia es porque el nieto, muerto el abuelo, recae en la potestad del padre; y por lo mismo, si mi padre adopta á un nieto, entonces, muerto mi padre, este adoptivo se hace hijo mio. Si es hijo, tambien será heredero, y habré de tomarle por tal contra mi voluntad. Lo cual no permitiéndolo los principios del derecho romano, se debe

decir que se exige absolutamente el consentimiento del hijo de aquel que quiere adoptar á uno por nieto. Algo mas difícil es dar la razon de las dos primeras consecuencias: Enrique Bernardo Reibold, *in Variis c.* 42, hizo ver con varios ejemplos de príncipes, que muchos que ya tenían hijos habían adoptado á otros; pero sin embargo, no por eso es menos cierto lo dicho. Porque (a) las leyes alegadas son bastante claras y evidentes. (b) Lo que se permite á los príncipes, no se permite fácilmente á los particulares. (c) Perizon, *Animadv. hist. c.* 3. *p.* 125, manifestó que aun estas adopciones de los príncipes no dejaron de ser censuradas por el pueblo: y hubiera este tenido mas tolerancia con las adopciones de los particulares, si las hubieran hecho contra estas leyes? (d) En Ciceron, *Orat. pro domo, c.* 13, se ve que impugnó la adopcion de Publio Clodio, porque su padre adoptivo tenía ya hijos naturales, y la llama finjida y simulada. Con qué derecho, ni con qué vergüenza hubiera dicho esto Ciceron, si ordinariamente se permitiera que adoptasen los que ya eran padres? No quepa, pues, la menor duda en que lo regular fue no concederse la adopcion á los menores de sesenta años, ni á aquellos que ya habían tenido hijos. Y el que alguna vez, fuera del órden regular, se hiciesen algunas adopciones, se deben mirar como privilejios que no pueden servir de ejemplo.

### §. CLXXVIII.

Hasta aqui hemos tomado la adopcion en el sentido lato. Y en él es de dos maneras, ó *arrogacion*, ó *adopcion estrictamente dicha*. (§. 175.)

En dos cosas se diferencian estas dos especies:

(1) *En el sugeto*. Porque los hombres *sui juris*, no constituidos en la potestad de nadie, son arrogados; los hijos de familia, y por tanto hombres sujetos á poder ajeno, son adoptados.

(2) *En la forma ó en el modo*. Porque la arrogacion se hace por beneficio del príncipe con su rescripto: la adopcion por autoridad del magistrado, á cuya presencia, si el padre declara que quiere dar á otro aquel hijo en adopcion, y el adoptante quiere tambien recibirle en lugar de hijo, se concluyó el negocio. De la arrogacion tratamos en el §. 179, 182., y de la adopcion, §. 183, 186.

### §. CLXXIX.

Por lo dicho se entenderá fácilmente la definicion de la *arrogacion*. La *arrogacion es un acto por el cual un hombre sui juris, es reducido por la autoridad del sumo imperante á la patria potestad de otro*. Se pregunta aqui, por qué debiendo determinar antiguamente el pueblo acerca de la arrogacion en los comicios *calados*, y median-do la autoridad de los pontífices, se adjudicó despues el príncipe este derecho? En efecto, la arrogacion se hacia en otro tiempo en los comicios. El padre arrogante declaraba en ellos que queria tomar á fulano por hijo. Este era preguntado, si se queria hacer actor, y consentia en aquella arrogacion? Si decia que sí, preguntaban en seguida á los pontífices, si permitian que aquel hombre *sui juris* pasase á la familia y potestad de otro? y consintiendo en ello, el magistrado recitaba la fórmula solemne: *Quereis mandar, Qui-rites, que fulano sea por ley y por derecho hijo*

de Lucio Ticio, del mismo modo que si hubiese nacido de él y de su mujer? (*Velitis, jubeatis, Quirites, ut hic.... sit lege et jure L. Titii filius, aequae ac si ex eo ejusque matrefamilias esset natus?*) Finalmente, entonces se ponía á votar el pueblo, y si lo aprababa la mayoría, en este caso se tenía por perfeccionada la arrogacion. Esta ceremonia la hemos explicado con alguna prolijidad en nuestras *Ant. Rom. h. t.* Pues si antiguamente estaba en poder de los pontífices y del pueblo el conocimiento de la arrogacion, con qué derecho se le apropiaron posteriormente los emperadores? Resp. (1) Porque el pueblo transfirió al príncipe todo su derecho por la ley Rejia, §. 6. *Inst. h. t.* (2) Porque los príncipes eran al mismo tiempo pontífices máximos, como claramente demostró Andrés Bosio, *de pontific. max. imp. Rom.*, cuyo libro dió primero á luz en tomo suelto Grevio, y despues fue insertado en el *Tesaurus de Antiquèdades romanas*. Asi que, reasumiendo en sí los príncipes, sin ninguna oposicion, los derechos del pueblo y de los pontífices, no estraño que interpusiesen su autoridad en las arrogaciones.

### §. CLXXX.

Se pregunta ya: cuál es la esencia de la arrogacion? En la definicion hemos visto, que por ella, de un hombre *sui juris* se hace un hombre sujeto á potestad ajena. De aqui se sigue que es una especie de *capitis-diminucion*, á saber, la mínima. Pero como á nadie se le pueden quitar sus derechos contra su voluntad, de aqui colijieron muy bien los antiguos, (1) que era necesario el consentimiento del hijo que iba á ser arrogado.

Este debía hacerse autor, y ser primero preguntado si prestaba su consentimiento, *L. 11. ff. de hist. qui s. etc.* (2) Se deducía también que los hijos y bienes del arrogado debían pasar á la potestad y dominio del arrogador. Porque en cuya potestad está la persona principal, en la misma están también todas las cosas accesorias, y por eso los hijos y bienes del arrogado pasan como accesorios á la potestad del arrogador. Y los antiguos llamaron á la arrogación modo universal de adquirir, véase *Inst. §. 1. de adquis. per arrog.*, porque el arrogador adquiría con el arrogado todos los bienes y derechos de este, á escepcion de los que se perdían por la *capitis-diminucion*. (3) Era otra consecuencia que los impúberes no podían ser arrogados. Como estos no tienen aun entendimiento para saber lo que les conviene, por eso no pueden consentir ni hacerse autores, ni por consiguiente ser arrogados. Si se objeta que el tutor puede interponer su autoridad, resp. que tutela es la fuerza y potestad de una cabeza libre para defender al que no puede hacerlo por su edad. Luego el tutor puede defender al pupilo, mas no arrogarle, porque esto sin duda escede de la facultad del tutor. Siendo así pues que por derecho antiguo no podía el pupilo ser arrogado, el emperador Antonino Pio templó algun tanto este rigor; pero no obstante, ligó con tantas limitaciones esta arrogación de los impúberes, que no era fácil hallar quien quisiese arrogar con tales trabas. Vamos á examinar estas condiciones.

## §. CLXXXI.

Antonino requiere (1) el consentimiento de los

*parientes*, como que median sus intereses, por cuanto muerto el impúber serian sus herederos ciertos, pues que el impúber no puede otorgar testamento. Por eso el emperador consideró justo que no se les privase contra su voluntad del derecho que tenian adquirido; y así mandó que interviniere su consentimiento. (2) La *autoridad de los tutores*, la cual es necesaria para suplir el defecto de juicio en el pupilo, especialmente cuando amenaza peligro de lesion, como en la arrogacion. (3) *Cognocimiento de causa*, pues el majistrado debe inquirir, si se quiere arrogar con buena intencion? Si hay lejitima causa de arrogar? Si el arrogador tiene ó no tiene hijos? Si tal arrogacion conviene al pupilo, etc.? (4) *Fianza ó seguridad*, por la que se asegure (a) á los *parientes* que se les restituirán los bienes del arrogado, muerto dentro de la pubertad: (b) *al mismo pupilo* que si fuere emancipado ó desheredado se le restituirán, no solo los bienes que ha llevado á poder del padre arrogador, sino tambien la cuarta parte de los suyos propios, §. 3. *Inst. h. t.* Acerca de esta cuarta parte hay una gran disputa sobre si debe entenderse de la cuarta parte de todos los bienes, ó solamente la cuarta parte de la porcion lejitima. Porque si ha de entenderse de todos los bienes, en este caso será mejor condicion la de los arrogados que la de los hijos naturales, quienes no pueden pretender mas que la porcion lejitima de los bienes paternos. Que se debe, pues, establecer acerca de esto? Que se ha de entender de la cuarta parte de todos los bienes, (a) porque así se dice espresamente en el §. 3. *Inst. h. t. L. 2. C. de adopt. L. ult. ff. si quid in fraud. cred.* (b) porque esta cuarta parte no se pide por la querrela de inoficioso

testamento, sino mas bien por el juicio de particiones, §. 8. §. 15. *ff. de inoff. Test. L. 2. §. 1. Fam. ercisc.* Pero asi, no será mejor la condicion de los hijos arrogados que la de los lejitimos? No por cierto. Porque como diremos mas abajo, no puede ordinariamente arrogar el que tiene hijos naturales, y por consiguiente tampoco puede perjudicarlos, aunque el arrogado reciba la cuarta parte de todos los bienes. Asi lo espone muy bien Vinio, *Coment. ad Instit. h. t.*

## §. CLXXXII.

Trataremos ya de *los efectos* de la arrogacion, sobre lo cual debe notarse la siguiente regla: *del mismo derecho gozan los arrogados que los hijos naturales.* La razon es, porque son reducidos á la patria potestad. De aqui es, (1) que toman el nombre del arrogador, bien que entre los romanos tambien conservaban el suyo con alguna leve inflexion. Por ejemplo: Augusto antes de la adopcion se llamaba Octavio, y despues de ella empezó á llamarse Julio Cesar Octaviano. Del mismo modo Publio Emilio, despues de la adopcion hecha por Escipion, se llamó Publio Cornelio Escipion Emiliano. (2) El arrogado por un noble se hacia noble, y el que lo era por un plebeyo, plebeyo; lo cual no sucede en el dia, porque la nobleza no está en el arbitrio de los privados, sino que se concede por la suprema autoridad en premio del mérito. Pero (3) lo que debe observarse bien es que la arrogacion da los derechos de agnacion, y no los de consanguinidad ó cognacion. *L. 23. ff. h. t.* Quiere decir, que el arrogado se hacia sí pariente del padre arrogado, y

de todos los que eran de su familia , pero no de la mujer , ni de la familia de esta Asi es que la mujer del arrogador no era madre respecto del arrogado , ni tio ni tia el hermano ni hermana de ella. Por el contrario, el arrogador respecto del arrogado se hacia padre , el hermano del arrogador tio , su hermana tia , etc. Finalmente , se seguia (4) que al arrogado sucedia tambien al padre arrogador y á todos los parientes de este como agnado , mas no á la madre , ni á los parientes de ella. §. 2. *Inst. de legit. agn. success.* Basta acerca de la arrogacion : resta que tratemos de la adopcion estrictamente dicha.

### §. CLXXXIII.

Hasta aqui hemos hablado de la arrogacion; ahora pasaremos á la *adopcion* propiamente dicha, que *definimos* asi. La adopcion es *una accion de la ley*, por la que adoptamos con autoridad del *majistrado los hijos que están en la potestad de sus padres*. Decimos (1) *accion de la ley*, pues hemos visto arriba (en el §. 69) que se llaman asi aquellas cosas que se debian esponer (a) á presencia de cierto *majistrado*, (b) con ciertos ritos y fórmulas, (c) sin *procurador*, condicion ni dia; y tal era la adopcion. En efecto, no se podia hacer privadamente, sino á presencia del *majistrado*, en quien residia la accion de la ley, cuales eran los *cónsules*, *procónsules*, *pretores* y *presidentes de las provincias*. Se debia tambien esponer con *solemnes ritos* y ciertas fórmulas, pues que el padre vendia tres veces el hijo al adoptante por la moneda y la balanza, y el comprador usaba de esta fórmula: *digo que este hom-*

*bre es mio , pues le he comprado con esta moneda, y esta balanza de cobre.* Véanse nuestras *Ant. Rom. h. t.* Despues veremos que tampoco se podia hacer la adopción , ni por procurador , ni bajo condición , ni hasta determinado dia. Por lo que siendo requisitos todos de las acciones de la ley, muy bien se considera como una de ellas la adopción. Añadimos: *por la que adoptamos con autoridad del magistrado los hijos que están en la potestad de sus padres ;* con cuyas palabras se distingue la adopción de la arrogación ; pues como hemos visto arriba , los hombres *sui juris* , ó padres de familia son arrogados ; y por el contrario, adoptados los hijos de familia. Además , la arrogación se hace con autoridad del príncipe, la adopción con la del magistrado ; y eso con la de cualquiera aunque no sea competente , porque es un acto de voluntaria jurisdicción.

## §. CLXXXIV.

Por esta definición será fácil responder á las preguntas siguientes: (1) quiénes son adoptados? (2) cómo se hace la adopción? (3) cuál es su efecto? En cuanto á la primera pregunta , atendiendo á la definición decimos que son adoptados *los hijos que están en la potestad de sus padres.* De aquí decimos (1), *que basta el consentimiento del padre;* lo cual no es así en la arrogación , pues el que va á ser arrogado debe también consentir y hacerse parte. (§. 180.) Empero en la adopción es igual que consienta ó deje de consentir el hijo, con tal que quiera el padre en cuya potestad está. *L. 5. ff. h. t.* La razón es porque el hijo constituido en la patria potestad podía ser tres

veces vendido por su padre (§. 138.), y la adopcion no era otra cosa que una triple venta imaginaria, segun hemos manifestado en el §. anterior. Por consiguiente, al modo que en la venta no se requiría el consentimiento del hijo, asi tampoco en la adopcion. (2) *Los infantes podian tambien ser dados en adopcion, y ser adoptados. L. 42. h. t.* Los impúberes no podian ser arrogados, á no ser con muchos requisitos, de que se ha tratado en el §. 181, pero los infantes podian ser adoptados. Por qué asi? Porque ya hemos visto que no se requiere en la adopcion el consentimiento de los infantes. El padre podia vender al hijo recién nacido. *L. 2. C. de patr. qui fil. distrax.*; luego nada impedia tampoco que el infante fuese dado en adopcion. (3) *No podian ser adoptados los hijos nacidos de concubina, L. 7. C. de nat. lib.* Porque siendo los hijos que se adoptan los constituidos en la patria potestad, segun nuestra definicion del §. anterior, y no estando los hijos nacidos fuera de matrimonio de una concubina bajo esta patria potestad, como que solamente nace de las nupcias lejitimas (§. 144), se infiere claramente, que los hijos naturales, ó nacidos de concubina, no pueden ser adoptados.

#### §. CLXXXV.

(II). Se pregunta: *cómo se hace la adopcion?* Con arreglo á la definicion respondo, (1) que debe hacerse con autoridad del majistrado en quien reside la accion de la ley que hemos explicado en el §. 183. (2) No puede hacerse, ni hasta cierto tiempo, ni por escrito, ni sin el solemne orden del derecho, por exigirlo asi la naturaleza de las

acciones de la ley, las cuales no admiten dia ni procurador, si no que deben ser espresadas por cualquiera en su persona propia. Arriba hemos visto el rito antiguo: hoy dia ya no se necesita de aquellos ambajes y ventas. Es suficiente (a) que el padre natural y el adoptivo vayan á cualquier juez, aunque no sea competente; (b) que declaren el uno que quiere dar en adopcion, y el otro adoptar al muchacho, (c) y pidan que este acto se note en los registros públicos. Con esto queda perfeccionado el negocio, por haber quitado Justiniano el antiguo rito, y sustituido este nuevo en la *L. ult. C. de adopt.*

### §. CLXXXVI.

(III) Resta saber, *cuál es el efecto de la adopcion?* Aquí debe notarse que entre el derecho antiguo y el nuevo hay una grande diferencia. *Por derecho antiguo* era uno mismo el efecto de la adopcion y de la arrogacion, á saber; la patria potestad. Asi es que los Césares Cayo y Lucio, á quienes habia adoptado Augusto, eran tan hijos suyos como Tiberio, á quien habia arrogado posteriormente. Toda adopcion era un modo de adquirir la patria potestad. *L. 23. pr. L. 37. §. 1. ff. de adopt.* Pero el *derecho nuevo*, introducido por Justiniano en la *L. pen C. h. t.* mudó la cosa enteramente. En efecto, el emperador manda distinguir, si la adopcion se ha hecho por alguno de los ascendientes, como por el abuelo materno, ó por algun extraño? Si el que adopta es alguno de los ascendientes, adquiere la patria potestad; y por eso á esta adopcion de los ascendientes la llaman los doctores *plena y per-*

*fecta*. Si por el contrario, el que adopta es un extraño, no se transfiere la patria potestad al adoptante, sino que permanece en el padre natural, y por tanto el adoptivo se hace en este caso mas bien *alumno* que hijo; por lo cual la llaman los doctores *adopcion imperfecta ó menos plena*. Pudiera alguno creer, que puesto que por la adopcion menos plena ó imperfecta no se adquiere la patria potestad, no tiene efecto alguno. Pero se responde que no deja de tener efectos, porque el hijo adoptivo, aun cuando no se haga hijo de familia, sucede sin embargo como hijo al padre adoptivo abintestato.

§. 2. *Inst. h. t.* Digo *abintestato*, porque nada prohibe al padre adoptante que hecho testamento, prefiera y escluya de la herencia esperada al hijo adoptivo. Pues la regla de que los hijos deben ser instituidos herederos ó desheredados, solamente pertenece á los *suyos*, ó constituidos en la patria potestad, no á los extraños, en cuyo número están los adoptados imperfectamente. Lo que hay de singular es, que siendo en los demas casos recíproco el derecho de suceder, no se observe asi en este; pues que el adoptivo sucede al padre abintestato, mas no por eso el adoptante sucede al adoptado. Y esto proviene, de que permaneciendo el hijo adoptivo en la potestad del padre natural, con razon es preferido éste en la herencia de su hijo al padre adoptante.

§. CLXXXVII.

§. CLXXXVIII.

## TITULO XII.

*Modos de acabarse el derecho de patria potestad.*

## §. CLXXXIX. CXC.

Atendiendo á que las cosas contrarias se entienden y comparan mejor si se ponen juntas, por esta razon, despues de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, se trata ahora de los modos con que se pierde ó acaba. Estos modos los derivamos de este solo principio: *por todos los modos porque se acaba el dominio Quiritario, por los mismos tambien se disuelve el derecho de patria potestad*; y lo demostramos en esta forma. Patria potestad era el dominio sobre los hijos (§. 136); y siendo así que ningunos hombres usan sobre sus hijos de una facultad semejante á la que usaban los romanos, §. 2. *Inst. de patr. potest.*, se sigue que era un dominio propio de los ciudadanos romanos, y por consiguiente *Quiritario*. Luego por los mismos modos con que se acaba ó disuelve el dominio Quiritario, acaba igualmente la patria potestad.

## §. CXCI.

Vamos, pues, á ver cada uno de los modos que se deducen de este principio. Tal es I) la *muerte natural*. Un muerto ya no es de este mundo, y por lo mismo nada puede tener propio: la muerte todo lo disuelve. No obstante, se debe hacer distincion entre los hijos de primero y ulteriores grados. Los hijos de primer grado, en verificán-

dose la muerte del padre, al instante quedan libres de la patria potestad; mas no lo quedan los de grados ulteriores si sobrevive alguna persona en cuya potestad puedan recaer. Por ejemplo; en la *Figura 11, lám. II*, muere el primero dejando dos hijos, el segundo y el tercero; del segundo dos nietos, el cuarto y el quinto; y del cuerto un biznieto, que es el sexto. Todos estaban bajo la potestad del primero al tiempo de su muerte; pero en muriendo este, el segundo y el tercero quedan libres de la patria potestad, porque son del primer grado; el cuarto, quinto y sexto no lo quedan, porque son de grados ulteriores, sino que recaen bajo la potestad del segundo. Supongamos que muera el segundo; entonces el cuarto y quinto saldrán de la patria potestad, como que son del primer grado, y el sexto recaerá bajo la potestad del cuarto, sin que quede libre hasta que muera este último. II) La *muerte civil*, esto es, la capitis-diminucion máxima, y que equivale á la muerte, L. 209. *ff. de Reg. Jur.*, porque por la máxima se hacia uno siervo, y por la media extranjero (*peregrinum*): es asi que ni un siervo ni un extranjero podian tener á nadie bajo su potestad; luego esta se disolvía por la capitis-diminucion máxima y media. III) Tambien se dice que la patria potestad se disuelve por la capitis-diminucion mínima *en la adopcion plena*, si un ascendiente adopta á un descendiente; y *en la emancipacion*, si uno libra de su potestad á su hijo. Pero el primer modo mas bien transfiere la patria potestad que la disuelve: el último la disuelve propiamente, y no tardaremos en hablar de él.

que la patria potestad se disuelve por la capitis-diminucion mínima en la adopcion plena, si un ascendiente adopta á un descendiente; y en la emancipacion, si uno libra de su potestad á su hijo. Pero el primer modo mas bien transfiere la patria potestad que la disuelve: el último la disuelve propiamente, y no tardaremos en hablar de él.

## §. CXCII.

Hemos visto que la patria potestad se disuelve por la media capitis-diminucion, por la que se pierden los derechos de ciudadano: lo cual se verifica en derecho romano por la prohibicion del agua y del fuego, por la deportacion, ó por el destierro. De esta manera Ciceron, desterrado por P. Clodio, perdió todos los derechos de la ciudad y quedó extranjero, y por tanto no ejerció tampoco sobre su hijo é hija la patria potestad del derecho romano, hasta que recobró sus derechos por los votos del pueblo. Se pregunta, pues, si por la *relegacion* acaba la patria potestad? Se niega, porque hay mucha diferencia entre el destierro y la relegacion: aquel quita los derechos de la ciudad, y reduce al desterrado á la condicion de extranjero; por esta, aunque quita el derecho de permanecer en la ciudad, deja salvo el derecho de ciudadano. Asi, por ejemplo, Ovidio habia sido relegado al Ponto por Augusto, en castigo de no sé qué delito, mas no por eso dejaba de ser ciudadano romano, por lo cual distingue él cuidadosamente el destierro y la relegacion, y se congratula de que no le hubiera desterrado, sino tan solo relegado el emperador. Por eso dice en el *L. V. trist. Eleg. 2.*

*Nec vitam, nec opes, jus nec mihi siviis ademit.*

*Nihil nisi me patrius jussit abesse focus.*

*Ipse relegati, non exulis, utitur in me nomine.*

Siendo asi, pues, que por la relegacion no se perdian los derechos de caballero romano, es cla-

ro que tampoco se perdía por ella el dominio del derecho quiritario, y por consiguiente tampoco se disolvía la patria potestad por la relegación, que era lo que se trataba de demostrar. De lo mismo se deduce, que ni por dignidad alguna se quitaba el derecho de patria potestad; y así es que bien fuese el hijo cónsul, bien pretor ó sacerdote, etc., permanecía con todo hijo de familia; y aun cuando en razón del oficio era tenido por padre de familia, en casa estaba bajo la potestad del padre, y todo lo que adquiría era para este. Esto lo explica muy bien Dionisio de Halic. *L. II, Antiq. Rom.*, donde refiere que algunos hijos revestidos de majistraturas, y al tiempo de hablar al público con aplauso, habían sido arrancados de la tribuna por los padres, y azotados por siervos, á pretesto de que parecía que turbaban la república. Resulta, pues, que la ley establecía no disolverse la potestad del padre por la dignidad del hijo.

### §. CXIII.

Justiniano mudó este derecho, pues quiso que por algunas dignidades acabase la patria potestad. En efecto (1), al principio concedió este privilegio á los *patricios*, *L. ult. c. de Consul.* Por patricios no se entienden aquí los descendientes de familias patricias, según sabemos que antiguamente desde el tiempo de Rómulo se había observado en Roma esta diferencia; sino que desde el reinado del Gran Constantino se solían llamar así á los *primeros ministros del príncipe*, de quienes los emperadores se valían como de padres, y que venían á ser lo que en el siglo anterior los

cardenales de Francia Richelieu y Mazarini. A estos, si fuesen hijos de familia, los libraba Justiniano de la patria potestad; pues reputaba por absurdo que estuviera bajo la potestad de un particular aquel á quien el mismo príncipe tenia en lugar de padre. (2) Y como suele suceder que el honor concedido á uno sea pretendido de los otros, asi fue que poco despues obtuvieron este privilegio los obispos, como padres espirituales, *Nov. 81. c. 3*; y asimismo los cónsules, prefectos del pretorio, prefectos de la ciudad, jenerales y patronos del fisco. *Nov. 81. c. 1. y L. ult. c. de decur.* Se puede preguntar, se debe llamarse privilegio y beneficio el que uno quedase libre de la patria potestad? Podria parecer que no, por quanto los hijos de familia sucedian á los padres abintestato; mas no los emancipados, y por eso mas bien debiera mirarse como una carga, que como un beneficio ser librado de la patria potestad. Pero se responderá que en realidad era beneficio, porque (a) asi sucedia que todo cuanto adquirian, no era para el padre, sino para ellos, siendo asi que del otro modo adquirian para el padre. (b) Justiniano por dicha *L. ult. C. de consul.* y *Nov. 81. c. 2*, les habia reservado los derechos de familia. Luego, aunque salian de la patria potestad, retenian sin embargo el derecho de suceder; y asi en las cosas favorables subsistian los derechos de familia, y cesaban en las odiosas.

#### §. CXCIV.

En el §. 191. dijimos que tambien por la emancipacion se acababa la patria potestad, y asi trataremos con alguna estension acerca de ella.

*Emancipar* entre los romanos era vender alguna cosa por la moneda y la libra (*per aes et libram*), delante de cinco testigos ciudadanos romanos, otro que les exijia su testimonio (*antestatus*), y el fiel que tenia la balanza (*libripens*). Luego emancipar no es otra cosa que librar de su potestad á los hijos por medio de esta solemne venta triple, y por consiguiente todas las veces que un padre libraba espontáneamente de su potestad á su hijo por este rito, otras tantas se decia que emancipaba. Y esto es muy conforme con el principio que sentamos (§. 190.); porque al modo que podemos desprendernos por medio de la venta de otras cosas constituidas en nuestro dominio, así tambien podemos desprendernos de los hijos. Empero hay tres clases de emancipacion; la *antigua*, derivada de las XII tablas; la *Anastasiana*, inventada por el emperador Anastasio, L. 5. C. de *mancip. lib.* y la *Justiniana*, que introdujo Justiniano, L. ult. C. de *emanc. lib.* Vamos, pues, á hablar de cada una de ellas separadamente.

### §. CXC.V.

La primera es la *antigua*, por la que el padre á presencia de cinco testigos, el libripende y el antestado vendia á su hijo tres veces, y le manumitia otras tantas como á un siervo. Porque es de saber, que en primer lugar el padre vendia á otro su hijo á presencia de cinco testigos, y el comprador decia, echando una moneda en la libra: *hunc hominem jure Quiritium meum esse ajo, est enim mihi emptus hoc aere, hac aeneaque libra.* Hecho esto, se llegaba el antestado al oido de los cinco testigos, y les rogaba se acordasen de esta

venta. El hijo así vendido era después manumitido como siervo. En seguida era por segunda vez vendido del mismo modo, y manumitido; lo cual se repetía tercera vez en los mismos ritos; y entonces tres veces vendido, y manumitido otras tantas, quedaba *sui juris* el hijo. He dicho ya que la razón de este rito debe buscarse en las XII tablas. En ellas estaba dispuesto que un padre pudiera vender tres veces á su hijo (§. 138.); luego tres veces vendido y manumitido otras tantas, salía de la patria potestad. Debe observarse que también las hijas y los nietos podían ser emancipados, pero en la emancipación de estos y de aquellas solo se hacía una venta. Por lo demás este rito solo duró hasta el tiempo del emperador Anastasio, en cuyo reinado se abolió.

## §. CXCVI.

En efecto, se introdujo entonces un nuevo modo de emancipar, porque el emperador Anastasio, *L. 5. C. de emanc. lib.* había establecido, que si el padre quería emancipar sus hijos, le bastase alcanzar del príncipe un rescripto, y que esta emancipación tuviese los mismos efectos que la antigua, que se hacía por medio de ventas imaginarias. Lo que para esta clase de emancipación se requería, era: 1) un memorial (*littere supplices*) dirigido al príncipe por el padre; 2) el rescripto del príncipe declarando al hijo por emancipado. Pero aun esto no dejaba de parecer muy molesto, porque si, por ejemplo, un ciudadano habitante de Africa quería emancipar un hijo, se veía precisado á enviar su memorial á Constantinopla, y á obtener allí el rescripto, cosa que no podía hacerse sin

gran dispendio de tiempo é intereses. Justiniano, pues, acordó remediar esto, y hallar un modo de emancipar mucho mas fácil, del cual hablaremos en el párrafo siguiente, y cuya doctrina está en la *L. ult. C. de emanc. libert.*

### §. CXCVII.

Efectivamente, la emancipacion Justiniana no se hace por el príncipe, sino ante un juez, y no ante un juez competente, sino ante cualquier juez, por ser un acto de jurisdiccion voluntaria. Requiere, (1) que se comparezca ante un juez cualquiera, ya sea dia de fiesta, ya dia judicial, bien esté el juez en el tribunal, bien en su casa, porque los actos de jurisdiccion voluntaria, como no requieren citacion ni conocimiento de causa, pueden esplicarse en dias de fiesta, y fuera de juicio, *L. 2. L. 8. C. de feriis, §. 2. Inst. de libertinis.* 2) Que tambien el hijo asista, y que consienta, pues hoy no puede ser emancipado ningun hijo contra su voluntad, sino tan solo consintiéndolo, *L. 5. C. de emanc. lib. Nov. 89. c. 11.* 3) Que el padre declare querer librar de su potestad este hijo, y que el hijo declare agradarle esta voluntad de su padre. 4) Que el juez ponga esto en las actas, ó segun la frase de ahora, que se registre en el protocolo; hecho lo cual se considera perfecta ó consumada la emancipacion, *L. ult. de emanc. libert.*

### §. CXCVIII.

Pregúntase, si el padre puede contra su voluntad ser obligado á emancipar? Por lo regular no

puede segun nuestro principio (§. 190.); porque la patria potestad es el dominio sobre los hijos, y al modo que nadie puede ser obligado á enajenar y abdicar su dominio, tampoco el padre puede serlo á emancipar los hijos constituidos en su potestad. Mas como en el §. *ult. Inst. h. t.* se dice: que *el padre casi de ningun modo está obligado*, y no se dice que absolutamente no pueda serlo, sino *casi de ningun modo*; se infiere que hay algunas escepciones de esta regla, esto es, algunos casos en que el padre, aun contra su voluntad, puede ser obligado á emancipar sus hijos. Vamos, pues, á verlos: los doctores cuentan varios, y para que con mas facilidad puedan retenerse en la memoria, los reducen á estos versos:

(a) *Si genitor saevus sit*, (b) *prostituatque pudorem Natae*, (c) *aut pupillo forsan damnosus adoptet*:  
 (d) *Legatum aut* (e) *nummos capiat si hac conditione*,  
*Invito solvi poterit genitore potestas.*

Pero en nuestros *Elementos*, en la nota al §. 198. hemos notado que algunos de estos casos son falsos, y que solamente hay tres causas por las que el padre puede ser obligado á la emancipacion. La 1.<sup>a</sup> de ella es, si el padre prostituye el pudor de su hija, es decir, si hace de alcahuete, y obliga á la hija á que comercie torpemente con su cuerpo; pues un malvado de esta clase no es digno del nombre de padre, y con razon le obligan las leyes á renunciar á su poder sobre la hija, L. 12. *C. de episc. audient.* L. 6. *C. de spectac.* La 2.<sup>a</sup> es, si el padre espone ó permite que se esponga á un infante, pues entonces si este infante es criado y educado por otro, un padre tan

desnaturalizado no goza de ningun perdon sobre él, y por lo mismo tampoco le heredará, aun quando haya adquirido inmensas riquezas el niño esposito. L. 2. *de inf. esposit.* La 3.<sup>a</sup> es, si el padre contrajere nupcias incestuosas, por ejemplo; si se casare con una tia paterna ó materna, si el suegro se casare con la hermana, etc.; pues en tal caso los hijos que quedan del matrimonio anterior se libran de su potestad, aun contra su beneplácito, *Nov. 12. c. 2.* Los demas casos que añaden los doctores, no tienen, segun he advertido y demostrado en dicha nota, ningun fundamento en las leyes.

§. CXCIX. CC....

## TITULO XIII.

### *De las tutelas.*

§. CCI.

Sigue la última division, ó por mejor decir, subdivision de los hombres. La primera era, que los hombres ó son libres ó siervos: los libres, ó injénuos ó libertinos, y de esta primera division se trató desde el título 2 hasta el 7. Ademas, los hombres eran *sui juris*, ó *alieni juris*. Los sujetos á poder ajeno, ó estaban bajo la potestad domínica, de que se habló en el título 8., ó bajo la patria potestad, título 9. hasta el 12. Ya por último, los hombres dueños de sí (*sui juris*), ó están en tutela, ó en curadoría, ó no están sujetos á una ni á otra. Viene, pues, ahora la materia elegante y verdaderamente práctica de la *tutela* y cu-

*raduría*, en la cual se considera: (1) qué cosa sea tutela? título 13. (2) De cuántas maneras? título 14, 20. (3)Cuál sea el oficio del tutor? título 21. (4) Qué es curadoría? título 22. (5) Cómo se acaba la tutela? título 23 hasta el fin de este libro.

## §. CCII.

I. Qué es tutela? La tutela es de derecho natural y de jentes; pues interesa á la república y á la sociedad humana, que los que no pueden rejirse y defenderse á sí mismos, sean gobernados por auxilio ajeno. De aqui es, que no solo los romanos, sino tambien los griegos, y aun todas las naciones, guiadas por la recta razon, señalaron tutores á los que necesitaban de la defensa y auxilio de otros, y por lo que toca á los romanos, daban tutores (1) á los *impúberos ó pupilos*. Efectivamente, en esta edad suele ser tan débil y falaz el juicio de los hombres, que con facilidad pueden errar, ser engañados, y prodigar su hacienda, si por otros no son dirijidos. Bien conocidos son aquellos versos de Horacio en su arte poético:

*Imberbis juvenis tandem custode remoto  
Gaudet equis canibusque et aprici gramine campi;  
Cereus in vitium flecti, monitoribus asper.*

Quita á todos estos los tutores, y será lo mismo que si á un indómito caballo quitaras el freno: dales libertad, y darás á un furioso una espada. Por consiguiente, necesitan tutor los pupilos. (2) Tambien daban los romanos tutores á las *mujeres*, pues este sexo es frágil, vário y

mudable, y fácil de engañar, especialmente si se atiende á que la noche, el amor y el vino, no saben guardar moderacion. Querian, pues, los romanos que las mujeres estuviesen bajo la tutela de los próximos agnados, en lo cual verdaderamente era peor la condicion de las mujeres que la de los pupilos; pues estos en llegando á la edad de la pubertad quedaban libres, al paso que las mujeres permanecian en perpétua tutela, á no ser que (a) por casamiento cayesen en poder del marido, ó (b) tuviesen tres hijos, que en este caso se acababa su tutela. Estas eran las personas que entre los romanos estaban en tutela. Pero bajo la direccion de los curadores estaban (3) los *púberos*, que ó por su edad, ó por otras causas no podian administrar sus bienes, como los *menores de edad*, los *furiosos*, y los *que padecian enfermedad habitual*. Asi lo disponia el antiguo derecho romano; pero y el nuevo? Tambien disponia lo mismo, solo que Justiniano abolió enteramente la tutela de las mujeres, tanto que en el dia ni rastro ni señal alguna se ve de esta tutela en todo el cuerpo del derecho. Que por lo menos hasta el tiempo de Justiniano hubiese subsistido, lo hemos demostrado en nuestras *Ant. Roman. h. t.*

### §. CCIII.

Sigue ya la *definicion de la tutela*. Servio Sulpicio, príncipe de los jurisconsultos en tiempo de Ciceron, la define de este modo: *tutela es la fuerza y potestad en una cabeza libre para defender al que por su edad no puede defenderse á sí mismo, dada ó permitida por el derecho civil. L. 1. pr. ff. §. 1. Inst. h. t.* En esta definicion, como suele

suceder, echan de menos muchas cosas los doctores. (1) Piensan que es obscura, porque dice la fuerza y la potestad *en una cabeza libre*. Qué es cabeza libre? Por qué no se dijo con mas claridad, que *es la fuerza y potestad en (sobre) el pupilo?* (2) Dicen que es ambigua, porque el sentido de estas paladras puede ser que el tutor debe ser cabeza libre, ó que debe serlo el pupilo: luego este modo de hablar es equívoco. (3) Que es difusa sin necesidad, porque fuerza y potestad son palabras sinónimas, y una de ellas bastaba. = Pero en realidad la definicion es muy buena, si se entiende como se debe. En efecto, *cabeza libre* es lo mismo que hombre *sui juris*, Gell. l. 5. c. 19. Ulpian. *Fragment. tit. 11. §. 5.*; y Servio usó de este vocablo jeneral, porque en su tiempo no solo estaban en tutela los pupilos, sino tambien las mujeres. Ademas, no sin objeto unió las palabras *fuerza y potestad*, porque *fuerza* significa potestad unida con la facultad de refrenar, y la *potestad* no incluye la idea de refrenar. Pues en las mujeres tenian los tutores potestad, no fuerza; con los pupilos aun infantiles ejercian la fuerza, y en los próximos á la pubertad la potestad. Luego el sentido de la definicion es este: *tutela es la fuerza (con los infantiles) y potestad (con los mas adultos) en una cabeza libre* (esto es, sobre la mujer y el pupilo) *para defender á aquel* (parece que debia estar añadido: *ó á aquella*) *que* (en latin *qui*, y sin duda se añadia *quaeve*: para denotar los dos sexos) *por su edad* (se añadiria, ó *por su sexo*) *no puede defenderse por sí solo (ó por sí sola)*. Tal parece que debió ser antiguamente la definicion de Servio Sulpicio; mas probablemente Triboniano, en atencion á no estar en su tiempo en uso la tu-

tela de las mujeres, suprimió lo que nosotros pusimos entre paréntesis.

### §. CCIV.

De esta definicion se deduce el siguiente axioma. La tutela es un cargo público, *pr. Inst. de excusat. tut.* Esto se ha de entender en su verdadero sentido: no decimos que la tutela sea un oficio público, porque el tutor ni administra negocios de la república, ni tiene dignidad alguna, ni recibe sueldo, sino que es y permanece persona privada; solo decimos, que la tutela es cargo público; y cargo público es una carga que todos los ciudadanos, por pública autoridad y precepto, están obligados á sufrir, *L. 214. pr. ff. de V. S.* Siendo así, pues, que los tutores se les impone esta carga por pública autoridad, á saber, por la ley y los majistrados, y que están obligados á sufrirla todos aquellos que no tienen justa excusa, con razon se dice que la tutela es un cargo público.

### §. CCV.

Veamos ahora lo que se deduce de este axioma. Dos son las conclusiones que de él se derivan: (1) *que los hijos de familia pueden ser nombrados tutores, pr. Inst. qui test. tut. dar. poss.* Pues cómo? La razon está en la nota del §. 139. de los Elementos; y es, que el hijo de familia se tiene en los negocios públicos por padre de familia, *L. 9. ff. de is qui sui vel etc.* Luego tambien pueden desempeñar la tutela, como que es un cargo público. (2) *Que ni los siervos, ni los estranjeros, ni las mujeres pueden ser tutores:* no los

siervos ni extranjeros, porque la tutela es un cargo público de que no son capaces sino los ciudadanos; ni la mujer, porque ella misma estaba antiguamente bajo tutela, por lo cual no podia rejir á otro; ademas de que las mujeres tampoco son hábiles para desempeñar cargos públicos y personales. Pero esta última regla admite excepcion, pues Justiniano en la *Nov. 118. c. 5.*, estableció que no solo fuesen admitidas á la tutela la madre y la abuela, sino tambien preferidas á todos los demas agnados. La razon que movió á Justiniano, es el insigne amor que suelen tener á los hijos y nietos la madre y la abuela, el cual suele ser tan grande que apenas recae sobre ellas sospechas de mala administracion. No obstante, á estas mujeres no se las hace tutoras de sus hijos, sino mediante estas condiciones: (1) que renuncien á segundas nupcias, y (2) al privilegio del senadoconsulto Veleyano, por el cual no quedan obligadas las mujeres que afianzan por otro.

### §. CCVI.

Acabamos de ver quienes pueden ser tutores: examinemos ahora en qué casos á los tutores nombrados, ó se les impide ó se les suspende la administracion. Esto se ha deducir del fin mismo de la tutela, que es que el tutor defienda á aquel que por su edad no puede defenderse á sí. (§. 203.) Todos aquellos, pues, que no son capaces de desempeñar este objeto, no pueden ser tutores. Tales son: (1) Los *menores de edad*, porque estando ellos mismos sujetos á curadores, cómo han de defender á otros? (2) Los *furiosos y mentecatos*, los cuales, como no sepan lo que hacen, mal

pueden mirar por otros. (3) Los *sordo-mudos*, porque si tienen los dos defectos reunidos, de manera, que aun mismo tiempo sean sordos y mudos, en poco se diferencian de los furiosos y mentecatos, y asi no pueden ser tutores. No obstante, aunque esto sea muy cierto, debe hacerse distincion entre la tutela testamentaria, legitima, y dativa; pues si los tutores dados en testamento son menores, furiosos, sordo-mudos, no se acaba la tutela por estas faltas, sino que se suspende; esto es, permanecen tutores, pero no se les concede la administracion, y se nombra un curador hasta tanto que lleguen á la mayor edad, recobren el juicio, ó empiecen á oír y hablar. Mas si un tutor legitimo ó dativo es menor de edad, ó furioso, ó sordo-mudo, no se le hace tutor; ó si se le ha hecho tutor, y principia despues á perder el juicio, ó queda sordo-mudo, al momento acaba la tutela, y se nombra otro tutor. Debe observarse con cuidado esta diferencia, cuyo fundamento está en la *L. 10. §. 7. ff. de excus. tutor.*

### §. CCVII.

Habiendo ya examinado quienes pueden ser nombrados tutores, se pregunta ahora: *á quiénes se dan tutores?* Segun nuestra definicion, §. 203, respondemos, que *á las cabezas libres*, que no pueden defenderse á sí mismas. De aqui se deducen cuatro conclusiones: (I) el tutor se da primariamente á la persona, no á las cosas, §. 4. *Inst. qui test. tut. dat.*, y en esto se distingue el *tutor* del *curador*; el cual se da primariamente para la cosa, no para la persona. Digo que los tutores se dan *primariamente* á la persona, pues *secunda-*

riamente tambien administran las cosas y patrimonio del pupilo. Mas, por qué razon se ha admitido este principio? Porque. en la definicion se llama espresamente la tutela *fuerza* y potestad sobre la cabeza (ó persona), no sobre sus cosas ó patrimonio. (II) *Al que tiene padre no se le da tutor*, L. 239. ff. de V. S. Por qué? (a) Porque mientras vive el padre bastante defendido está el hijo: (b) porque mientras vive el padre, el hijo está bajo su potestad, y por tanto no es cabeza libre ú hombre *sui juris*, á solos los cuales pertenece la tutela. (III) *Al siervo no se le da tutor*. L. 17. de tut. dat., por la misma razon, es decir, porque el siervo está bajo la potestad domínica de su amo, y por lo mismo no es cabeza libre: luego tampoco puede tener tutor. (IV) *A un extranjero no se le da tutor*. Cómo! Dirás tú; un extranjero siendo pupilo necesita de defensa; y en verdad que puede ser cabeza libre, porque no todos los extranjeros son siervos. Pero á esto respondo que es verdad que tambien los extranjeros necesitan de la defensa de otros, mas no precisamente de la tutela del Derecho romano. Son sí cabezas libres, pero esto se entiende en su patria, que no en Roma, por cuanto no gozan de la libertad de los caballeros romanos, Cic. *pro Gæcin. c.* 33. Luego aunque los extranjeros reciben tutor, lo reciben segun el derecho de su patria, no segun el romano, al modo que tambien se casan, hacen testamento, y admiten las herencias lejitimas los extranjeros; mas no por el Derecho romano, del cual no participan.

## §. CCVIII. CCIX.

Falta la última cuestion, á saber: de cuántos modos es la tutela? Respondemos que de tres: *testamentaria*, cuando el padre da á sus hijos tutor en el testamento; *lejítima*, cuando reciben la tutela personas llamadas á ella por la misma ley, cuales son principalmente los agnados, patronos, padres, hermanos; y la *dativa*, cuando el magistrado señala tutor á los pupilos. Luego á los *testamentarios* los llama á la tutela el *testador*, á los *lejítimos* la *ley*, y á los *dativos* el magistrado ó pretor. Entre estas especies de tutela se observa el orden de que (1) sean preferidos á todos los tutores testamentarios, y por tanto cuando los hay de esta clase no son admitidos los lejítimos. (2) Que si no hay ningun tutor testamentario, entonces puedan tomar la tutela los lejítimos. (3) Que si faltan ambas clases de tutela, señale un tutor el magistrado.

El fundamento de esta division se ha de derivar de la ley de las XII tablas, en las cuales se leia esta ley: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*: de donde colejian los antiguos que la tutela era semejante á la herencia. Pues (1) al modo que el heredero testamentario escluye á todos los demas, asi tambien escluye á los demas el tutor testamentario. (2) De la misma manera que si no hay heredero instituido, suceden los herederos lejítimos ó abintestato; asi, faltando tutor testamentario son llamados los lejítimos. (3) Asi como el pretor daba subsidiariamente á algunos la posesion de los bienes, asi tambien da subsidiariamente tutor á

los que no le tienen testamentario ni lejítimo. Tal es el fundamento de esta division. Vamos, pues, á tratar de cada una de las especies de tutela en título separado, empezando por la *testamentaria*.

## TITULO XIV.

### *Quienes pueden ser nombrados tutores en testamento.*

#### §. CCX.

La primer especie, pues, de tutela es la testamentaria, cuyo orijen y razon vamos á esplicar antes de nada. Derivase de las XII tablas, en las cuales habia una ley que decia: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*. (Téngase por ley lo que un padre de familia disponga acerca de su hacienda ó de la tutela de su cosa). Ya dijimos arriba que los hijos respecto del que no eran por derecho romano personas, sino cosas, §. 135. Siendo asi, pues, que la ley permite á los padres de familia *legare*, esto es, hacer testamento acerca de la tutela de su cosa, parecia seguirse que tambien podia testar acerca de la tutela de sus hijos. Con que ya tenemos el orijen de esta tutela, del cual se deduce este axioma: *el padre puede dar tutores en testamento, ó en codicilos confirmados por testamento, á los hijos que están en su potestad, y que no han de recaer en la de otro*. Digo que el padre puede, porque la ley decia: lo que el padre de familia disponga, etc. Luego esta facultad no compete á la madre, ni abuela, ni hermano, ni hermana, sino tan solo al padre. Digo (2) que puede

## 258 *Quien puede ser nomb. tut. en test.*

dar tutor á los *hijos constituidos bajo su potestad*: porque segun las XII tablas debe testar acerca de la tutela de su cosa; luego no puede acerca de los hijos estraños, sino acerca de los suyos, que respecto del padre dijimos que eran cosas, §. 135. Digo: (3) *y que no han de recaer en la potestad de otro*. Tales son los nietos, los cuales, muerto el abuelo, recaen en la potestad de su padre; y á estos no se les puede dar tutor, por la regla de que *al que tiene padre no se le da*, §. 207. Este es el sentido del axioma; esta es su razon. Por esto puede juzgarse fácilmente qual sea el verdadero fundamento de esta tutela testamentaria.

### §. CCXI. CCXII.

El fundamento de esta tutela testamentaria no es efectivamente otro que la *patria potestad*. Luego el que tiene hijos bajo su potestad puede darles tutor; el que no los tiene no puede. Segun este principio no es difícil dar razon: 1) porque la madre, la abuela y otras personas estrañas, no pueden dar tutor en testamento; y en efecto, es porque solo el padre ó abuelo tiene á los hijos bajo su potestad, mas no la madre ni la abuela, y mucho menos otras personas estrañas. Luego ni el abuelo materno puede dar tutor á un nieto de su hija, porque tampoco le pertenece la patria potestad, sino tan solo al padre y al abuelo paterno. 2) Porque podemos dar tutor á los hijos constituidos bajo nuestra potestad, no á los emancipados: á saber; porque los emancipados ya no están en nuestra potestad. 3) Porque á los desheredados puede tambien dárselos tutor en testamento; conviene á saber, porque la deshereda-

cion quita sí la herencia, pero no es un modo de disolver la patria potestad. Pudiera decirse: para qué necesitan los desheredados de que se les dé tutor, cuando no tienen nada de cuya administracion pueda este encargarse? Pero se responde: (a) Aun cuando nada tengan, pueden tener tutor, porque este se da primariamente á la persona. (§. 208.) (b) Los desheredados tambien pueden tener bienes, v. gr., por su madre, abuelo ó abuela materna. (4) Porque á los póstumos se les da tambien tutor en testamento, aun cuando todavia no hayan nacido, y por tanto no esten bajo la patria potestad: la razon es, porque los póstumos siempre que se trata de su utilidad, se reputan por ya nacidos, *L. 7. ff. de statu hom.* Si, pues, se reputan por nacidos, deben igualmente reputarse por hijos constituidos bajo la potestad del padre; luego tambien á estos puede el padre dar tutor, que era lo que se trataba de demostrar. Véase el §. 4. *Inst. de tut.*

### §. CCXIII.

Pregúntase ademas: cómo puede ser nombrado el tutor? Segun el axioma §. 210 respondemos, que se ha de dar (1) *en testamento*. La razon es que la tutela se comparaba con la herencia, y esta no se podia dar sino en testamento; y asi el tutor se da tambien en testamento. (2). Despues se permitió que tambien se pudiera dar tutor en codicilos confirmados por testamento. Esto parece haberse introducido, porque cuando da tutor un testador, este encomienda ó confia, por decirlo asi, á la fe de aquel la tutela; y los fideicomisos pueden dejarse asi en testamento como en codicilos, *pro. Inst. de codicill.* (3) Pae-

## 240 *Quien puede ser nomb. tut. en test.*

den ser nombrados tutores todos aquellos que tienen facultad de hacer testamento, con tal que sean capaces de cargos públicos; v. gr., los siervos que son nombrados dándoseles libertad, los hijos de familia, mas no las mujeres. Y es muy de notar, que mas potestad dan las leyes al padre que nombra tutor en testamento, que al pretor que lo nombra de oficio, porque este no puede nombrar ningun furioso, menor, ni sordo-mudo: semejante nombramiento de tutor seria *piso jure* nulo; pero el testador puede señalar furiosos, menores y sordo-mudos; porque aunque estos no administran la tutela, sino entre tanto que nombra el majistrado otro tutor, son sin embargo *ipso jure* tutores, y tan pronto como lleguen á la mayor edad, ó recobren el juicio, ó el oido y el habla, se los debe permitir la administracion; de lo cual hablamos en el §. 206. Añad. L. 10. §. 7. *ff. de excus.* Finalmente, del mismo axioma se infiere: (4) que el testador no puede nombrar ninguna persona incierta. L. 20. *pr.* L. 30. *ff. h. t.* La razon, por derecho antiguo, era que una persona incierta no podia ser instituida por heredero, §. 25. *Inst. de Legat.*; y aunque despues se mudó esto en cuanto á la institucion de heredero, subsistió en vigor el derecho antiguo respecto de la tutela testamentaria. La razon es, porque el que da tutor á sus hijos, lo hace por la confianza que tiene en la persona nombrada. Y cómo en una persona incierta podrá nadie poner su confianza? Por consiguiente no vale este nombramiento de tutor: *el que sea elejido cónsul el año que viene, sea tutor de mis hijos.* Finalmente, debe observarse, 5) que el tutor puede ser nombrado en testamento *puramente, bajo condicion, y*

*hasta cierto dia*: cosa que no puede hacer el pretor, el cual siempre nombra al tutor puramente. Pero en qué consiste que en esto tenga mayor facultad el testador privado que el pretor? Resp. Porque el nombramiento de tutor que el pretor hace es un acto lejítimo, *L. 77. ff. de B. J.*, y un acto lejítimo no admite condicion ni dia (§. 70.) Pero el señalamiento de tutor en testamento no es acto lejítimo; y de aqui es que puede hacerse hajo condicion, y hasta cierto dia. *L. 8. §. ff. h. t.*

## §. CCXIV.

Hasta aqui hemos sentado el principio de que la tutela es semejante á la herencia. Ahora sigue otra nueva regla que se cuidará de observar: *mientras se espera la tutela testamentaria, no hay lugar á la lejítima*, *L. 11. pr. §. 1. Inst. h. t.*, porque asi como no se admite niogun heredero lejítimo ó abintestato en tanto que existe el instituido en el testamento, del mismo modo una vez que haya tutor testamentario, ó que todavía se espere la tutela testamentaria, no se admite entre tanto la tutela lejítima; pues, segun adelante diremos, nadie puede morir parte testado y parte intestado. *L. 7. ff. de B. J.* Pongamos un ejemplo: un testador nombra á Ticio por tutor de sus hijos, y muerto el testador empieza Ticio á ponerse loco: se pregunta si el próximo agnado puede ser admitido como tutor lejítimo. Se niega; porque mientras se espera tutela testamentaria, no se admite la lejítima: y en este caso aun se espera, porque un loco puede recobrar el juicio. Luego el pretor nombrará tutor entre tanto. (206.)

## §. CCXV.

En la otra parte de este título se trata de la confirmacion de los tutores que suele hacer el majistrado. Pero se debe cuidar de no confundirla con la que en el dia está en vigor. La diferencia es: 1) Que hoy todos los tutores son confirmados por el majistrado, cuando antiguamente solo lo eran los testamentarios, y eso no todos, sino algunos. 2) Hoy son confirmados aun los que se nombran segun los ritos y disposiciones legales, y antiguamente solo lo eran los que habian sido viciosamente nombrados en testamento. De donde resulta esta definicion; *confirmacion es un acto por el cual el majistrado confirma al tutor nombrado viciosamente en testamento.* Luego se necesita de la confirmacion del majistrado todas las veces que se observa vicio en el nombramiento de tutor testamentario. Este vicio ó está en el testador, ó en el modo de nombrar. (1) Hay vicio en el testador, si nombra tutor uno que no tenga patria potestad sobre los hijos; v. gr., la madre ó el abuelo materno. En efecto, arriba dijimos que el fundamento de la tutela testamentaria es la patria potestad. (§. 211.) Luego nombra viciosamente tutor el que lo da á pupilos no constituidos en su potestad. (2) En el modo de nombrar tutor hay vicio si no se le nombra en testamento ó en codicilos simples. En ambos casos es efectivamente nulo *ipso jure* el nombramiento de tutor; pero sin embargo, por quanto parecia que el testador ponía en la persona constituida una gran confianza, estimó justo el pretor que estos tutores, aunque viciosamente nombrados,

fuesen confirmados por él, y que con esta confirmacion se quitase este vicio.

### §. CCXVI.

La confirmacion se hace de dos modos; ó sin inquisicion, ó con inquisicion. Se hace *sin inquisicion*, si el padre, aunque nombró tutor en testamento, le nombró viciosamente, lo cual se verifica de tres maneras: 1) si dió tutor á un hijo emancipado: 2) si lo dió á un hijo natural, porque ni uno ni otro está bajo la potestad del padre: 3) si lo dió en codicilos no confirmados por testamento. En estos casos el pretor confirma absolutamente el nombramiento de tutor, sin que considere necesaria la inquisicion, por presumirse que un padre siempre mira por el bien de sus hijos. Por el contrario, el pretor confirma con inquisicion los tutores: 1) si fue la madre quien nombró tutor á sus hijos instituyéndolos por herederos: 2) si lo nombró el padre á sus hijos naturales sin instituirlos: *L. 4. ff. h. t. L. 1. §. 2. L. 2. §. 7. de confirm. tut.* 3) si fue un extraño, v. gr., un tío paterno, ó uno materno, quien nombró tutor. Porque como en todos estos no hay lugar al nombramiento de tutor por defecto de patria potestad, el pretor confirma sí los tutores nombrados; pero no lo hace sino precediendo la inquisicion: y lo que el pretor inquiere ó averigua en semejantes casos, es: 1) si es útil al pupilo esta tutela: 2) si el tutor es hombre de bien, ó si es algun pícaro, ó si es enemigo del pupilo, etc.

### §. CCXVII.....

## TITULO XV.

*De la tutela lejítima de los agnados.*

## §. CCXVIII.

La tutela *lejítima* es otra de las especies de tutela (§. 209.), y se llama así, porque á estos tutores ni los nombra el testador, ni el magistrado, sino que la misma ley los llama á la tutela. Es de cuatro especies, puesto que la ley llama á la tutela (1) á los *próximos agnados*: por lo cual en este título se trata de la tutela lejítima de los agnados: (2) á los *paternos*, para la tutela de los libertos, y de aquí la tutela lejítima de los patronos, que es la materia del tít. 17: (3) al *padre*, para la tutela del hijo emancipado, y esta es la tutela lejítima de los padres, de que se hablará en el tít. 18; y por último, (4) al *hermano* para la tutela del hermano impúbero emancipado: se llama tutela fiduciaria, y se trata de ella en el tít. 19. Las tres últimas especies no están hoy en uso, mas sí la primera, de la cual por lo mismo se tratará con alguna estension. Tiene lugar *esta tutela lejítima de los agnados* en caso de morir el padre intestado; porque *siempre que hay tutor por testamento, no se admite tutor lejítimo* (§. 214); pero sí se admite muriendo intestado el padre del pupilo Y en este título se dice que el padre murió intestado; (1) si absolutamente no hizo testamento; (2) si aunque lo hiciese, no dejó en él nada dispuesto acerca de la tutela, §. 2. *Inst h. t.* En ambos casos, pues, hay lugar á la tutela lejítima. Pero se pregunta: por qué, no

existiendo tutor testamentario, se nombra tutor legítimo ó agnado? Por nuestro principio, explicado en el §. 208, se podrá fácilmente contestar. La tutela se tiene por semejante á la herencia: faltando el heredero instituido en el testamento, sucede el legítimo ó el heredero abintestato. Luego tambien, no existiendo tutor testamentario, recibe la tutela el legítimo ó agnado.

## §. CCXIX.

De aqui se deduce fácilmente cual sea el fundamento de esta tutela. En efecto, como los antiguos comparaban esta tutela con la herencia (§. 208.), formaron el siguiente axioma: *donde quiera que hay el provecho de la sucesion, alli tambien debe haber la carga de la tutela*: cuya regla se halla concebida en los mismos términos en el §. un. *Inst. de legit. patr. tut.* Siendo así pues que la ley llama al proyecto de la herencia á los próximos agnados, tambien quisieron los romanos que fuesen próximos para tomar sobre sí el cargo de la tutela.

Puede preguntarse, si anduvieron prudentes los romanos en establecer estas disposiciones? A la verdad, los antiguos griegos creian tan peligroso confiar al presunto heredero la tutela, como hacer pastor al lobo; porque si está tan ansioso de la herencia que quiera dar veneno, ó matar de otro modo al pupilo que se le ha confiado, esto le será tanto mas fácil, quanto tiene bajo su tutela la persona del pupilo; ni faltan ejemplos de esta maldad. Véase á Sueton. *Galb. c. 9.* Así pues el legislador de los atenienses, Solon, deferia, sí, la tutela á los agnados; pero á los mas remotos,

## 246 De la tutela lejít. de los agnados.

no á los próximos: Carondas, lejislador de los cretenses, encomendaba á los agnados la administracion de los bienes, y á los cognados el cuidado de la persona. Pero los romanos deferian la tutela á los próximos agnados y herederos, á quienes, principalmente estando en vigor el gentilismo, era fácil quitar de enmedio á los infelices pupilos. Véase á Vinn. *Comment. ad Inst. h. t.* Es verdad que Huberio, *Digress. lib. 3. c. 5.*, defiende esta disposicion; pero los argumentos en que se apoya no parecen difíciles de refutar. Como quiera que sea, lo cierto es, que en el derecho estaba recibido el axioma de que: *donde hay el provecho de la sucesion, debe tambien haber el cargo de la tutela.* No obstante, debe añadirse la siguiente limitacion: *siempre que el próximo agnado sea hábil para obtener cargos públicos.* Y así, v. gr., una mujer puede ser próxima agnada, y por lo mismo heredera lejítima, y sin embargo no era tutora por lo que dijimos (§. 206.), á no ser que fuese madre ó abuela.

### §. CCXX. CCXXI.

Segun este axioma, pues, no es difícil conocer quienes son llamados á la tutela lejítima. Debe distinguirse entre el derecho *antiguo* y el *nuevo*. Por el *antiguo* (1) solos los agnados eran llamados á esta tutela, y á falta de ellos los *jentiles*, porque tambien eran los únicos que sucedian abintestato, mas no los cognados. Espliquemos, pues, quiénes sean *agnados*? quiénes *jentiles*? y quiénes *cognados*? *Cognados* se llaman jeneralmente aquellos que son de una misma sangre y orijen, ya paterno, ya materno. Por ejemplo, el tio paterno,

el materno, la tia paterna y la materna son cognados míos. Pero agnados en especie se llaman aquellos que son mis allegados por el lado paterno, ó por personas del sexo masculino, *L. 7. ff. h. t. §. 1. Inst. h. t.* Asi, por ejemplo: el *tio paterno* es *agnado mio*, porque tiene parentesco conmigo por mi padre; mas no lo es el *tio materno*, porque lo tiene por mi madre; de manera, que este no es mas que cognado. El signo esterno de agnacion es el mismo nombre, y asi todos los agnados de Ciceron se llaman Cicerones. Por último, los *agnados* y *jentiles* se diferencian en que los *agnados* son de la misma familia, y los *jentiles* de un mismo tronco ó raza. Por ejemplo: todos los Cornelios eran jentiles, porque todos descendian del tronco comun de los Cornelios; pero los Escipiones eran entre sí agnados por descender de una misma familia de la raza Cornelia. En pocas palabras, los romanos casi siempre tenian tres nombres, *praenomen*, *agnomen*, *cognomen*, v. gr., M. T. Ciceron. El pronombre designaba la *persona*, el nombre era el signo de la *raza* ó jente de quien se descendía, y el cognombre en fin indicaba la *familia*. Baste lo dicho acerca de esta diferencia, y volviendo á lo de arriba, repitamos que por derecho antiguo solamente los agnados y jentiles eran llamados á la tutela lejítima, *pr. §. 1. Inst. h. t.* (2) Si eran muchos los agnados, el mas próximo escluia á los mas remotos, porque lo mismo sucedia en la herencia: v. gr., á Ticio, pupilo, le quedan un *tio paterno*, un *tio segundo*, y un hijo del *tio paterno*: quién de estos será tutor? El *tio paterno*, que escluye á todos los demas: véanse las *Fig. 13, 14 y 15. de la lám. II.* (3) Si hay muchos de un mismo grado,

## 248 De la tutela lejit. de los agnados.

reciben la tutela todos ellos juntos. Por ejemplo, si uno tiene (*Fig. 16, lám. II.*) cuatro tios paternos, todos ellos serán á un mismo tiempo tutores, porque tambien son herederos á un mismo tiempo. Tal era el derecho antiguo; hablemos ahora del *nuevo*, que se diferencia del antiguo en dos capítulos. (1) En que hoy no hay ninguna diferencia entre agnados y cognados. La razon es, que habiendo Justiniano igualado enteramente en la herencia por la *Nov. 118. c. 4.* los agnados y los cognados, tambien hoy deben ser iguales en la tutela lejitima, porque donde está el provecho de la sucesion, debe tambien estar el gravámen de la tutela (§. 219.); (2) y tambien se diferencia el derecho nuevo del antiguo, en que no admitiendo este á la tutela mujer ninguna, por la *Nov. 118. c. 5.* la madre y la abuela son preferidas á todos los demas agnados; de lo cual hablamos arriba, §. 205.

### §. CCXXII.

Antes de acabar este título indicaremos otra diferencia entre *agnados* y *cognados*, á saber: que el *derecho de agnacion* se pierde por toda clase de capitis-diminucion, y el *derecho de cognacion* tan solo por la capitis-diminucion *máxima* y *media*, mas no por la mínima. La razon es, porque el derecho de agnacion es una invencion del derecho civil, y el de cognacion viene del derecho natural y de jentes; y el derecho civil se quita fácilmente por otro derecho civil, lo cual no sucede con el natural, que siempre es inmutable. Luego si un hermano mio ha sido dado en adopcion á Mevio, deja de ser agnado mio, por-

que sufrió la capitis-diminucion mínima; pero no dejará por eso de ser mi cognado. Ahora es fácil conocer por qué sigue inmediatamente la materia de la capitis-diminucion, que segun nuestro método vamos á explicar.

## TITULO XVI.

### De la capitis-diminucion.

#### §. CCXXIII.

Sin que primero interpretemos la palabra *caput*, no podemos entender qué cosa sea *capitis-diminucion*. Por cabeza (*caput*) se entendia en Roma todo aquel cuyo nombre era registrado en las tablas censorias. De aqui las frases: *censa sunt capita civium CCM: capite census*, que se decia del que no tenia que dar razon ante el censor, ni de familia, ni de hacienda: *caput de civitate eximere*, esto es, desterrar. En atencion, pues, á que en las tablas no eran inscriptos sino los *hombres libres, ciudadanos, y padres de familia*, se sigue que cabeza es lo mismo que *estado de libertad, ciudad, y familia*. Por lo mismo, de todo aquel que no tiene ninguno de estos estados, v. gr., un siervo, se dice que no tiene cabeza (*caput non habere*), §. 4. *Inst. h. t.*; y del que tuvo estos tres estados, y los perdió en todo ó en parte, se dice que es capite-minuido (*capite minuitur*).

#### §. CCXXIV.

Ahora ya no habrá duda si definimos la *capitis-diminucion* diciendo que es la mutacion del

estado anterior. Cuando, pues, á un hombre libre se le hace esclavo, á un ciudadano extranjero, y á un padre hijo de familia, se verifica la capitis-diminucion; mas no *vice-versa*, si á un esclavo se le hace hombre libre, á un extranjero ciudadano, y á un hijo padre de familia. Algunos hay que añaden nuestra definicion, diciendo; que la capitis-diminucion es la mutacion del primer estado *en otro peor*; pero esta adicion es supérflua, porque un hombre libre tiene estado, mas no un siervo; tiénelo un ciudadano, no un extranjero; del mismo modo que lo tiene un padre, y no un hijo de familia. Luego si estos no tienen cabeza ó estado, no pueden perderlo, y por consiguiente tampoco pueden ser *capite minuidos*.

### §. CCXXV.

Siendo, pues, la cabeza ó estado de tres especies, de *libertad*, *ciudad*, y *familia*, tambien debe ser triple la capitis-diminucion, *máxima*, *media*, *mínima*. *Máxima* es aquella por la cual se quita libertad, y por lo mismo tambien los derechos de ciudad y familia: v. gr., cuando á alguno se le hace siervo, porque entonces necesariamente deja de ser ciudadano y padre de familia. *Media* es aquella por la que se pierde el derecho de ciudad; el que sufre esta capitis-diminucion, es verdad que permanece hombre libre; pero sin embargo, se hace extranjero, y deja de ser padre de familia. *Mínima*, por la cual se distinguen los derechos de familia, aunque subsiste el derecho de libertad y de ciudad. En pocas palabras, la *máxima* está en oposicion con el estado de libertad; la *media* con el de ciudad, y la *mí-*

nima con el de familia. Dos observaciones deben tambien añadirse: (1) que la *máxima* y la *media* se llaman en nuestro derecho *muerte civil*. L. 209. ff. de R. J. Pues por qué? porque al modo que un muerto nada hace ni padece, asi tampoco un siervo ni un extranjero no podian obrar, ni disfrutar de beneficio alguno del derecho civil, por ejemplo: ni contraian el matrimonio del derecho romano, ni testaban, ni eran instituidos herederos en testamento, ni contraian segun el derecho civil, ni tenian patria potestad sobre sus hijos, ni usucapian; y asi eran reputados por muertos, de la misma manera que aquellos á quien se les corta la cabeza natural. (2) Que algunas veces solo ocurren dos clases de *capitis-diminucion* en nuestro derecho, v. gr., en las notables L. 1. §. 1. ff. de suis et legit. y L. 1. §. 8. ff. ad S. C. Tertull.; pero entonces no hablan los jurisconsultos con rigurosa precision, y comprenden bajo una misma especie la *máxima* y la *media*; cosa que los jurisconsultos hacen tambien con frecuencia en otras divisiones tripartitas, segun prueba claramente el célebre Gerh. Noodt, *Probab. Lib. I c. 12. y Observ. lib. II. cap. 21.*

### §. CCXXVI. CCXXVII. CCXXVIII.

Habiendo ya explicado las tres clases de *capitis-diminucion*, vamos ahora á ver quienes las sufren.

Sufren la *máxima* (1) los *prisioneros de guerra* (*capiti ab hoste*). Entre nosotros permanecen libres los prisioneros; pero entre los romanos al instante se hacian siervos, y asi es que perdian el derecho de ciudad, sin que lo recuperasen has-

ta que volvian á su patria. Pero en este caso todos los derechos recobraban por el *derecho de postliminio*, de que hemos hablado en el § 82. (2) *Los que siendo mayores de veinte años se dejaban vender dolosamente, y por disfrutar del precio*; de cuyo fraude tambien se trató en el §. 83; pues estos eran obligados en castigo á permanecer en servidumbre, perdian el estado de libertad, y asi sufrían la capitis-diminucion máxima. (3) *Los siervos de la pena*. Pero quiénes son estos? La ley Porcia habia establecido en Roma, que los ciudadanos romanos no pudiesen ser heridos con látigo ó azotados, ni sufrir pena de muerte; y en efecto, cuantas veces un majistrado se propasaba á imponer semejante pena á un ciudadano romano, otras tantas solia este clamar: soy ciudadano romano, y con esto solo quedaba al instante absuelto. En la Sagrada Escritura tenemos un ejemplo, *Act. Apost.* 22. 24, cuando el apóstol San Pablo se libra con esta fórmula del rigor de un tribuno militar. Véase tambien *Cic. orat.* 1. *adversus Verrem*, c. 7. *orat.* 5. *cap.* 146. 161. 167. 169. *Euseb. hist. eccl.* l. 5. c. 1. y el *Apend.* de nuestras *Ant. Rom. Lib.* 7. §. 28. p. 258. Siendo asi, pues, que los ciudadanos gozaban del insigne privilejio de no sufrir pena capital, y como sin embargo ninguna república pueda subsistir sin castigos para los facinerosos, por eso fijian muy oportunamente los romanos que aquellos que debieran sufrir pena de muerte, por la sentencia capital quedasen siervos, y perdiesen los derechos de ciudad. Mas por cuanto no se puede concebir siervo sin señor, y el condenado capitalmente no recaia bajo el dominio de nadie, fijian que la pena venia á ser

como su señor; y por eso eran llamados *siervos de la pena*. Acerca de esta ficcion habla con mucho acierto Noodt; *Prob. l. 3. c. 12.*

La *capitis-diminucion media* la sufrían (1) aquellos á quienes se prohibía el uso del agua y del fuego (*quibus aqua et igni interdictum*). Y esto, qué significa? Los ciudadanos romanos gozaban del privilegio de *no poder contra su voluntad perder el derecho de ciudad*; y de aqui es que si querian privar á un ciudadano del derecho de ciudad, se mandaba por un plebísquito, no que se marchase al destierro (pues á esto, como dije, no podia ser obligado), sino que no usase del agua y del fuego. Hecho esto se le ponian guardas que le prohibiesen usar del agua y del fuego, y como de esta manera no podia sostener su vida, se veía precisado á salir de la ciudad y acogerse á otra, con lo cual al instante perdía el derecho de ciudad, porque segun el derecho romano nadie podia ser ciudadano de dos ciudades: véase *Corn. Nep. in vita Attici, c. 3.*, y nuestras *Ant. Rom. h. t. §. 10.* La misma *capitis-diminucion media* sufren (2) los *deportados*. Y debe observarse que la prohibicion del agua y del fuego, propiamente hablando, no se diferenciaba de la deportacion, pues tambien á los deportados se les prohibía el uso del agua y el fuego; pero se diferencian en el efecto. Antiguamente aquellos á quienes se habia prohibido el uso del agua y el fuego, podian á su arbitrio ir á donde querian; pero Augusto, á persuasion de su mujer Livia, temiendo una sedicion de aquellos desterrados por la libertad en que se les dejaba, dispuso que fuesen conducidos á ciertas islas, y que quedasen alli confinados; por lo cual despues se les llamó *deportados*.

V. Dion. Cass. *Hist. lib. CV. p. 562.* Aquellos á quienes se habia prohibido el uso del agua y el fuego, y los deportados tenian la denominacion comun de desterrados (*exules*), los cuales no se deben confundir con los *relegados*, segun hemos explicado arriba por un pasaje de Ovidio, §. 192.

Finalmente, la capitis-diminucion *mínima* la sufren (1) los *arrogados*, porque de hombres *sui juris*, ó padres de familia, se reducen á hijos de familia. (2) Los *hijos de arrogados*; porque estando antes bajo la potestad de sus padres, en virtud de la arrogacion recaen bajo la potestad del arrogante, y por lo mismo mudan de familia, L. 3. *pr. ff. 3.* (3) Los *emancipados*. Aqui puede oriijnarse una duda: los emancipados, de hijos de familia se hacen padres de familia, de suerte que su estado no se muda en peor, sino en mejor; luego no puede llamarse capitis-diminucion. Pero á esto resp. que sí puede llamarse, y que para ello habia una razon particular, cual era el que antiguamente no podia hacerse la emancipacion sino por medio de una venta imajinaria, que reducía al hijo á la clase de siervo. Por lo cual, si los emancipados se llamaban capite-minuidos, era porque se les reducía á una imajinaria condicion servil, L. 3. §. 1. *ff. h. t.* Véase tambien el §. 188. Pero esto no tiene lugar en el dia, por cesar en la emancipacion aquella imajinaria venta, desde que se introdujo la emancipacion Anastasiana y la Justiniana, de que se habló arriba en el §. 189. y sig.

§. CCXXIX....



## TITULO XVII.

*De la tutela lejitima de los patronos.*

## §. CCXXX.

Todavía estamos tratando de la tutela lejitima, de la cual dijimos que habia cuatro especies: de los *agnados*, de los *patronos*, de los *padres*, y la *fiduciaria*. Hasta aqui hemos hablado de la tutela de los agnados y de la capitis-diminucion, por la cual puede estinguirse esta tutela. Ahora sigue la segunda especie, esto es, la tutela de los patronos; y llamándose *patrono* aquel que manumitió un siervo, por *tutela de los patronos* se entiende la que el patrono ó sus hijos tienen respecto del liberto impúbero, ó de los hijos del liberto.

## §. CCXXXI. CCXXXII.

El fundamento de esta tutela de los patronos es el mismo que el de la lejitima de los agnados: donde está el provecho de la sucesion, debe igualmente estar el cargo de la tutela. Ahora pues: muriendo sin hijos el liberto le sucedian el patrono ó sus hijos, por cuanto el patrono, á causa del beneficio de la manumision, era mirado como padre del liberto, ó próximo agnado (§. 111 y 112.); véase Vinn. *ad Inst. tit. de Success. libert.*; luego tambien debian los patronos ser tutores lejitimos. Dicen los jurisconsultos que esta tutela se deriva de las XII tablas, y sin embargo en las XII tablas ni siquiera una palabra se habla de ella; pero responde Justiniano, §. 7. *Inst.*

## 256 *De la tutela lejitima de los pat.*

*h. t.*, que se debe distinguir entre el sentido y las palabras. En las XII tablas nada habia escrito de la tutela de los patronos; mas por lo que toca al espíritu, no cabe duda en que esta tutela se derive de ellas; porque en efecto, si en las XII tablas estaba prevenido que el patrono sucediese al liberto, tambien parecia estarlo que se encargase de su tutela, pues *donde hay la utilidad de la sucesion, debe tambien, etc.*

## TITULO XVIII.

### *De la tutela lejitima de los padres.*

#### §. CCXXXIII.

La tercera especie de tutela lejitima es la de los *padres* que ejercen estos sobre sus hijos impúberos emancipados, L. 3. §. *ult. ff. de legit. tut.* Mas por qué no seria mejor decir que el padre es el tutor lejitimo de sus hijos? Resp. Porque el que tiene padre no necesita de tutor, ni fuera de eso pueden tener los hijos constituidos bajo la patria potestad, porque no son cabezas libres, á las cuales *solas* pertenece la tutela. (§. 203.) Pero los emancipados son cabezas libres, pues que están libres de la patria potestad, y asi pueden estar bajo tutela; y en efecto, lo están bajo la del padre emancipante.

#### §. CCXXXIV. CCXXXV.

El fundamento de esta tutela es el derecho de patronato, de que hemos hablado en el título anterior. Mas arriba (§. 195.) esplicamos que la

emancipacion se verificaba por medio de tres ventas, y otras tantas manumisiones, y la última de estas manumisiones las mas de las veces se hacia por el mismo padre. Pues siendo asi que el que manumite se hace patrono, el padre emancipante se hacia patrono de su hijo emancipado. El patrono sucede al liberto abintestato; luego tambien el padre sucede á su hijo abintestato. Ahora bien: *donde hay la utilidad de la herencia, debe igualmente haber el cargo de la tutela.* (§. 219.) Por consecuencia, la tutela del hijo emancipado debe tambien pesar sobre el padre, que es lo que queríamos demostrar. Asi discúrrian los antiguos jurisconsultos, y asi se fue introduciendo poco á poco esta tutela lejitima de los padres.

§. CCXXXVI....

## TITULO XIX.

### *De la tutela fiduciaria.*

§. CCXXXVII. CCXXXVIII.

La cuarta especie de tutela lejitima es la *fiduciaria*, y debe observarse que este nombre se deriva de *fiducia*, que era un pacto ó contrato, por el cual uno entregaba á otro una cosa bajo la condicion de que se la devolveria; en cuya convencion usaban de la fórmula, *ut inter bonos agere oportet, ne propter te fidemque tuam fraudet.* Cic. de offic. lib. III. c. 13. Este contrato de confianza solia imponerse en la emancipacion de los hijos; pues el padre, vendiendo tres veces á su hijo, en la tercer venta estipulaba que el comprador le vendiese ó retrovendiese este hijo

que le habia entregado, y entonces lo manumitia el padre; de cuya manera, segun dijimos en el título anterior, se hacia patrono del hijo emancipado. Pues como en la ley de las XII tablas estuviese dispuesto que el patrono, y á la muerte de este, su hijo sucediese abintestato, de aqui se seguia, que no solo el padre era tutor del hijo emancipado, sino que muerto el padre dejando un hijo de edad á propósito, recibia tambien este la administracion de la tutela. Ahora ya puede entenderse la definicion de esta tutela fiduciaria, que es aquella que despues de la muerte del padre emancipante corresponde á sus hijos varones de perfecta edad sobre su hermano impúbero emancipado, §. *un. Inst. h. t.*

Advierto de paso que Ulpiano, *Fragm. tit. XI. §. 5.* llama *fiduciaria* á la tutela legitima de los padres, de que hemos hablado en el título anterior: de donde se infiere que Justiniano dió á la cuarta especie este nombre, antiguamente propio de la tercera. Mas en cuanto á si esto lo hizo Triboniano por error é ignorancia, como creen algunos, ó de propósito, y por creer que esta denominacion convenia mejor á la cuarta especie, en verdad que no me atreveré á decidirlo, y menos no siendo inclinado á vituperar á Triboniano.

## TITULO XX.

*Del tutor Atiliano y del que se da por la ley Julia y Ticia.*

### §. CCXXXIX. CCLX.

Hasta aqui llevamos esplicadas dos especies de tutela; la *testamentaria*, tit. 14, y la *legitima*, tit. 15.-19. Falta la tercera, esto es, la *da-*

*tiva*, llamada así, porque este tutor es *dado* (ó nombrado), y no en testamento, ni por la ley, sino *por el magistrado*. Definimos, pues, la dación de tutor diciendo, que *es un acto lejítimo por el cual, á falta de tutores testamentarios y lejítimos, se nombran otros por el magistrado segun la ley*. Lo que significa esta definición, aparecerá por los axiomas que de ella se deducen, que son tres: I) *Este tutor es nombrado por el magistrado segun la ley*, es decir, segun la ley Atilia, y la Julia y Ticia; pues entre los romanos no pertenecía al oficio de magistrado nombrar tutor, sino que esta facultad tan solamente se daba por ley especial á ciertos magistrados, y á escepcion de estos, ningun otro magistrado podia nombrarlos. Así, por ejemplo, un cónsul era magistrado, y lo mismo un dictador, y sin embargo no podian nombrar tutores, sino únicamente el pretor con la mayor parte de los tribunos de la plebe, por haber concedido á estos solos esta facultad la ley Atilia. De aquí es que *la dación de tutor se dice ser de jurisdicción extraordinaria, L. 7. §. 1. ff. de offic. procons.*, porque no dimana del oficio del magistrado, sino de ley especial. II) *El tutor es nombrado por el magistrado subsidiariamente, faltando los testamentarios y lejítimos*; porque al modo que no hay lugar á la tutela lejítima sino faltando la testamentaria, así tampoco tiene lugar la dativa cuando hay la testamentaria y la lejítima. Luego esta tutela es subsidiaria. III) *La dación de tutor es acto lejítimo*, pues así se llama espresamente en la L. 77. ff. de R. J. Qué cosa sea acto lejítimo, ya lo esplicamos en el §. 70; esto es, un acto que se debia esplicar solemnemente, y que no admitia procurador, ni condicion, ni dia. Estos son los axiomas cuyas consecuencias vamos á manifestar.

## §. CCXLI. CCXLII.

El primer axioma era, que *este tutor es nombrado por el magistrado segun la ley*; luego debe haber algunas leyes promulgadas acerca de esta tutela. En efecto las hay, y son dos; la ley Atilia, y la Julia y Ticia. Veamos en que tiempo fue hecha la *primera*. Ya en el año de la fund. de Rom. 557, hubo un ejemplo de tutor nombrado segun la ley Atilia, como refiere Tit. Livio, *lib. XXIX. c. 9*; luego nuestra ley es anterior á aquel año. Debien- do, pues, ser cierto Atilio el autor de esta ley, y no apareciendo antes de áquel año ningun Atilio entre los tribunos de la plebe, á no ser L. Atilio Régulo, que ejerció el tribunado en el año 443 de la fund. de Rom. segun el mismo Livio, *lib. 9. c. 30*, es verosímil que esta ley fuese propuesta en aquel año, y por aquel Atilio, y que tomase de él su nombre. La *segunda ley* fue establecida muchos siglos despues, en el año 728 de la fund. de R., y trae su denominacion de Julio Cesar Octaviano Augusto, y M. Ticio, cónsules en aquel año; cosa que ignoraba el vulgo de los intérpretes, y que descubrió el primero el docto *Hern. Vales*, de la comp. de Jesus, en sus notas *ad Excerpta Peiresciana*. Por lo demas estas leyes se diferencian: 1) en que la primera trata de los tutores que se debian dar en Roma; y la segunda de los que se habian de dar en las provincias. 2) En que la primera manda que los tutores sean nombrados por los pretores y la mayor parte de los tribunos de la plebe; y la segunda que lo sean por los presidentes de las provincias, *pr. Inst. h. t.* 3.) En que los tutores nombrados por el pretor en la ciudad de Roma, segun la primer ley,

se llamaban Atilianos; y los nombrados en conformidad á la segunda, se llamaban Julianos Ticianos, segun se ve en la rúbrica de este título. A escepcion de estos majistrados nadie podia nombrar tutores hasta el tiempo de Augusto; pero sus sucesores introdujeron muchas mudanzas por varias de sus constituciones. Efectivamente, (1) siendo Claudio emperador, como dice Sueton. *Claud. c. 25*, se habia dispuesto por un senadoconsulto que en adelante no fuesen los pretores y tribunos de la plebe, sino los cónsules, los que hubiesen de nombrar tutores á los pupilos, y que esto debian hacerlo con inquisicion, es decir, inquiriendo ó informándose diligentemente, asi de las costumbres como de la capacidad del tutor, §. 3. *sig. Inst. h. t.*; lo cual sabemos por Plinio, *Epist. IX. 13*, que aun se observaba asi en tiempo de Trajano. (2) En el de Marco Antonio empezó á nombrarse un pretor *tutelar*, cuya única atribucion era dar tutores, y conocer de las causas tutelares, §. 4. *Inst. h. t. Jul. Capitol. invita M. Antonini imp. c. 10*. (3) Poco despues, en el reinado de Severo, parece que se habia introducido la costumbre de que los pretores nombrasen tutores en la ciudad de Roma; los prefectos del pretorio á cien millas en contorno, y fuera de Italia en las provincias los majistrados municipales con órden de los presidentes, §. 3. 4. *Inst. h. t.* (4) Finalmente, el derecho de nombrar tutores se confirmó á los majistrados municipales, á los obispos, y al presidente de Alejandría.

## §. CCXLIII.

Del primer axioma se infiere que *la dacion de tutor no podia encomendarse á otro*. Por que es de saber que en otros casos cualquier majistrado podia encomendar á otro su jurisdiccion: v. gr., si el pretor se veia precisado á ausentarse de la ciudad, podia encargar su jurisdiccion á otro cólega. Asi tambien el presidente de una provincia, por quanto no podia estar presente ni administrar justicia en todos los puntos de ella, encomendaba su jurisdiccion á ciertos comisionados; y en las *ff. Lib. 1.* hay el *tit. de offic. ejus, cui mandata est jurisdicctio*. Se pregunta, pues, si la dacion de tutor podia tambien encomendarla el majistrado? En la *L. 8. pr. ff. h. t.* se dice que no podia. Pues por qué? Por dos razones: 1) porque la dacion ó nombramiento de tutor no dimana del oficio del majistrado, sino de una ley especial, y todo lo que dimana de ley especial, no puede encomendarse, segun espresamente lo previene la *L. 1. pr. ff. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* 2) Porque la dacion de tutor es un acto lejítimo, y la naturaleza de estos actos lejítimos es tal que no admiten procurador, *L. 77. de R. J.* Luego tampoco puede nombrarse tutor por medio de procurador ó mandatario. Pudiera objetarse la *L. 15. ff. de off. procons.*; en que se dice que el legado ó comisionado del procónsul pueden tambien nombrar tutores, siendo asi que estos legados no tienen sin embargo jurisdiccion propia, sino delegada ó encomendada. Pero se responde que á los legados del procónsul les encomendaba este la jurisdiccion; despues de lo cual

recibian el derecho de nombrar tutores por una ley y constitucion especial del emperador M. Antonino, *L. 1. §. 1. ff. h. t.* Luego si nombraban tutores, no era en fuerza del mandato ó delegacion, sino por una ley especial, y por lo mismo esta ley no repugna á las demas.

## §. CCXLIV.

El otro axioma era que este tutor *se da subsidiariamente á falta del testamentario y los lejítimos*. De él sacamos dos conclusiones. 1) Que solo faltando estos, puede el majistrado nombrar tutor, mas no si el testamento ó lejítimo tiene derecho para encargarse de la tutela. 2) Que todas las veces que la tutela testamentaria está suspendida ó se acaba, hay lugar á la dativa. Arriba hemos visto, (§. 206. y 213.) algun ejemplo de estar impedida ó suspensa la tutela testamentaria. Porque si el tutor testamentario está demente, furioso, mudo, sordo, ó es menor de edad, no se le priva de la tutela, sino tan solo de administrarla, hasta que cese el impedimento. Entre tanto no se admite tutor lejítimo, sino que el pretor nombra otro que la administre. Lo mismo sucede si muere el tutor testamentario, ó es capite-minuido, ó removido como sospechoso, pues en todos estos casos nombra tutor el majistrado, *L. 11. ff. de test. tut. §. 1. 2. Inst. h. t.*

## §. CCXLV.

Segun el tercer axioma, *la dacion ó nombramiento de tutor es un acto lejítimo*. Siendo asi pues que un acto lejítimo no admite condicion

ni dia (§. 70.) es claro, 1) que el magistrado no puede nombrar tutor bajo condicion, diciendo, v. gr., sé tutor si te graduares de doctor en leyes. 2) que tampoco puede nombrarle hasta cierto dia, ó desde cierto dia, diciendo, por ejemplo: sé tutor durante un año, ó de aqui á dos años. Luego se le debe nombrar puramente de este modo: sé tutor, *L. 6. §. 1. ff. h. t.* Pero el testador puede nombrar tutor bajo condicion, y desde cierto dia, ó hasta dia determinado; (§. 213.) *L. 8. §. 2. ff. de test. tut. §. 3. Inst. qui test. tut. dar. poss.*; y esto se funda en que el nombramiento de tutor hecho en testamento no es acto lejítimo, sino solo el hecho por el pretor. Por consiguiente la regla de la *L. 77. ff. de B. J.* no tiene lugar en la tutela testamentaria.

### §. CCXLVI.....

## TITULO XXI.

### *De la autoridad de los tutores.*

### §. CCXLVII. CCXLVIII.

Hasta aqui hemos tratado de todas las especies de tutores: tratemos ahora de sus obligaciones. Y como estas consistan principalmente en interponer su autoridad en los negocios del pupilo, hablaremos con alguna estension acerca de ella. En el §. 203. dijimos que *la tutela es la fuerza y potestad sobre una cabeza libre*, advirtiendo tambien, que *fuerza* es mas que *potestad*, y que los tutores ejercen la fuerza sobre los infantes, y la potestad sobre los mas adultos. La infancia dura

por Derecho romano hasta los siete años de edad, *L. 14. ff. de sponsal.* El tiempo que media entre el séptimo año y la pubertad se divide en dos partes iguales, y el que está en la primera mitad se llama *próximo á la infancia*, y el que está en la última *próxima á la pubertad*. Asi pues:

El varon es infante hasta el año. . . . .	7
próximo á la infancia, hasta los . .	10 <sup>1</sup> / <sub>2</sub>
próximo á la pubertad, hasta los. .	14
púbero, cumplidos los. . . . .	14
plenamente púbero, cumplidos los.	18
mayor de edad, cumplidos los. . .	25
La hembra es infante hasta el año. . . . .	7
próxima á la infancia, hasta los. .	9 <sup>1</sup> / <sub>2</sub>
próxima á la pubertad, hasta los. .	12
púbera, cumplidos los. . . . .	12
plenamente púbera, cumplidos los.	14
mayor de edad, cumplidos los. . .	25

Estos términos ó graduaciones de la edad, debe tenerlos muy presentes y no confundirlos el lejista. Y viniendo ya á la aplicacion, fácilmente se echa de ver que es mayor la potestad del tutor sobre el pupilo infante, que sobre el próximo á la infancia ó á la pubertad. Si el pupilo es infante, nada puede hacer por sí, sino que todo lo hace en su nombre el tutor; por lo cual se dice que este *administra*, *L. 1. §. 2. ff. de administr. tutor.* Mas si el pupilo está próximo á la infancia ó á la pubertad, entonces puede hacerlo todo el pupilo, con tal que sea á presencia y con el consentimiento del tutor, de quien se dice que entonces interpone su *autoridad*, *L. 9. ff. de adquir.*

*hered.* Esto se verá mas claramente con ejemplos. El pupilo infante no puede contraer, admitir herencia, pagar, sino que el tutor hace todo esto en nombre del pupilo, y sin saberlo absolutamente este. Por el contrario, el pupilo mayor de siete años puede contraer, admitir herencia y pagar, con tal que esté presente el tutor, *y se haga con su autoridad.* Con efecto, *autoritas* se dice de *aujendo*, porque el tutor aumenta y suple lo que falta en la persona del pupilo. Pero como el infante casi no es persona por falta de razon, obra el tutor en su nombre; al paso que el mayor de siete años, aunque en realidad es persona, es, digámoslo asi, media persona por la debilidad de su juicio. Lo que falta pues á este, lo suple el tutor, *y aumenta* la persona de aquel, cuando está presente y presta su consentimiento; y por eso este consentimiento se llama *autoridad.* Esta es la razon porque en la *L. 32. §. 2. ff. de adquir. possess.* se dice que *el juicio del pupilo es suplido por la autoridad del tutor;* aunque en este pasaje parece que se toma en sentido lato la palabra infante por toda clase de pupilos.

### §. CCXLIX.

De estos principios se deduce la definicion de la *autoridad*, que es *un acto lejítimo por el cual el tutor aprueba solemnemente lo que hace el pupilo mayor de la infancia, y por lo que pudiera hacerse peor su condicion.* Espliquemos por partes esta definicion. Decimos, 1) que es *un acto lejítimo*, porque aunque no podemos demostrarlo *á priori*, por no llamarse asi en ningun pasaje del derecho la autoridad del tutor, podemos hacer-

lo ver *á posteriori*. En efecto, todo cuanto en la *L. 77. ff. de R. J.* se dice de los actos lejitimos, conviene á la autoridad de los tutores. Esta no admite procurador, ni admite condicion, ni tampoco dia; por el contrario, al interponerse la autoridad se requerian ciertas palabras solemnes, segun esplicamos en las *Ant. Rom. l. 21. §. 3.* Luego habiendo todos los requisitos de los actos lejitimos, no hay conveniente en que digamos que la autoridad del tutor es un *acto lejitimo*. Decimos, 2) *por el cual aprueba el tutor lo que hace el pupilo que ha salido de la infancia*; porque si el pupilo es todavía infante, nada hace por sí, segun dijimos en los párrafos anteriores, sino que entonces administra el tutor, y lo hace todo en nombre del pupilo; luego no interpone su autoridad. Decimos, 3) *por lo que pudiera hacerse peor su condicion*. Luego veremos que el pupilo puede, sí, hacer mejor su condicion aun sin la autoridad del tutor, mas no empeorarla. Por ejemplo, si alguien da alguna cosa al pupilo, esto es válido, aunque no esté presente el tutor, ni interponga su aprobacion; mas si el pupilo promete á otro alguna cosa, ninguna obligacion nace de esta promesa, á no haber estado presente el tutor y haberlo autorizado. Decimos tambien, 4) *aprueba solemnemente*; pues hemos visto que la autoridad es un acto lejitimo, y los actos lejitimos se debian explicar solemnemente, segun queda dicho en el §. 70.

De la definicion de la autoridad se deducen tres axiomas: 1) La autoridad es un acto lejitimo. 2) Es precisa siempre que se hace algo que pudiera hacer peor la condicion del pupilo. 3) El tutor suple con esta autoridad el juicio del pupilo. Tratemos de cada uno en especial.

## §. CCL.

El primer axioma es: *la autoridad es un acto legítimo*. De él se sacan dos consecuencias: I. que cuando el tutor interponia su autoridad, debía estar presente al mismo negocio. §. 3. *Inst. h. t.* Luego no era válido el negocio, si estando el tutor ausente consintiese por escrito, ó si una cosa hecha por el pupilo, la tuviese él despues por válida y la confirmase, *L. 9. §. 5. h. t.*, pues que los actos legítimos no admitian procurador, y por tanto se debian explicar en propia persona. *L. 77. de R. J.* Dos leyes parece que están en oposicion con esta doctrina. (1) En la *L. 9. §. ult. ff. h. t.* se dice: *que puede uno vender algo por escrito al pupilo ausente, con tal que este consienta con autoridad del tutor*. Pero esta ley no repugna á lo que dejamos dicho; pues cualquier ausente puede contraer con el pupilo; pero no debe estar ausente de este el tutor, y sí consentir delante y á presencia del pupilo. En pocas palabras; aquel con quien contrae el pupilo, puede estar ausente, pero el tutor, con cuya autoridad contrae el pupilo, debe estar presente. (2) Tambien pudiera objetarse la *L. 25. §. 4. ff. de adquir. vel amitt. hered.*, donde se dice espresamente que *puede interponerse la autoridad concluido ya el negocio (perfecto negotio)*, cuando nosotros hemos dicho que se debe interponer al instante en el mismo negocio, no concluido ya este. Pareció esto en tanta consideracion al célebre jurisconsulto Jacobo Godofredo, que en el *Coment. á la L. 29. ff. de R. J.* no duda enmendar el texto, y en lugar de *perfecto negotio*, leer *profecto nego-*

*tio* (adelantado ya el negocio). Pero no hay precision de un remedio tan violento. En efecto, la autoridad sin duda debe interponerse concluido el negocio, pero no mucho tiempo despues de concluido, sino al instante que se concluye, v. gr., así que dice el pupilo: prometo ciento; al instante despues de hecha esta promesa, debe añadir el tutor: interpongo mi autoridad (*auctor fio*). II. Que el tutor debe interponerse su autoridad puramente, no bajo condicion; v. gr., no debe decir: consiento, si fuere útil á mi pupilo, sino puramente: consiento. La razon ya la dimos arriba, y es que un acto lejítimo no admite condicion, *L. 123. ff. de R. J.*

## §. CCLI. CCLII.

El segundo axioma es: *se necesita de la autoridad del tutor siempre que pudiera hacerse peor la condicion del pupilo*; porque hacer mejor su condicion bien podia el pupilo, aun sin la autoridad del tutor, pero no hacerla peor, *pr Inst. h. t.* Empero, cuándo se dice que el pupilo hace mejor su condicion? y cuándo peor? Resp. *Mejora* su condicion el pupilo todas las veces que otro se obliga á él; v. gr., cuando otro promete al pupilo, ó le dona, ó presta; y la *deteriora* ó hace peor siempre que el pupilo se obliga á otro; v. gr., si el pupilo promete, dona, ó presta á otro. De aqui se sacan dos consecuencias muy notables: (a) que el pupilo puede sin la autoridad del tutor estipular de otro para sí, y adquirir con cualquier título lucrativo; porque de esta manera se obliga el otro al pupilo, no este al otro. Luego al pupilo, en ausencia del tutor, se

le puede prometer, dar, etc. (b). Que los contratos bilaterales hechos con un pupilo, *claudican*, es decir, que el otro queda obligado al pupilo, pero no lo queda el pupilo al otro, si no intervino la autoridad del tutor, por ejemplo: un comerciante vendió á un pupilo un reloj de oro por cien florines sin la autoridad del tutor; se lo dice á este el pupilo, y al tutor le agrada el precio; con que da al pupilo aquel dinero. Entre tanto arrepentido de la venta el comerciante, dice que no ha de vender el reloj por los cien florines; y no se considera obligado por el contrato hecho con el pupilo. Pregúntase, si en efecto le obliga dicho contrato? Sin duda alguna le obliga; pero si el comerciante quisiera obligar al pupilo á que pague el precio, responderia muy bien el pupilo que él no habia podido obligarse sin la autoridad del tutor. Y aunque pudiera parecer injusto que por un mismo contrato quede el comerciante obligado, y no lo quede el pupilo, no lo es en realidad, si se atiende á que debe culparse á sí mismo el que sin la autoridad del tutor contrae con un pupilo; y por lo mismo no debe llevar á mal el que este contrato claudique, y no sea por ambas partes obligatorio.

### §. CCLIII.

Se puede suscitar acerca de la admision de la herencia la gran duda de si exige tambien la autoridad del tutor. Pudiera parecer supérflua esta autoridad, porque el que admite una herencia, suele mejorar su condicion, y en este caso no se necesita de la autoridad del tutor, segun nuestra regla sentada en el §. 251. Sin embargo, las le-

yes prohiben espresamente que el pupilo admita la herencia sin dicha autoridad, *L. 9. §. 3. ff. h. t. §. Inst. h. t.*: por qué será? Jeneralmente se dice que lo han prohibido las leyes, porque la admision de la herencia se hace peligrosa á causa de las deudas ocultas; pero esta razon no basta si se atiende á que en el *§. 2. Inst. h. t.* se dice espresamente que el pupilo no puede admitir sin el tutor, *aunque la herencia sea lucrativa*. Luego otras deben ser las razones; y en efecto, hay dos que se deben tener presentes: (1) el que la adiccion de la herencia es un cuasi contrato, por el cual el que admite se obliga á los legatarios y fideicomisarios á pagar lo que se les dejó en el testamento, *L. 8. pr. ff. de adgn. her.*; y ya dijimos (*§. 251.*) que el pupilo no se puede obligar sin la autoridad del tutor. (2) Que la admision de la herencia era un acto lejítimo, *L. 77. ff. de R. J.*, y los actos lejítimos no podian, sin la autoridad del tutor, esplicarse por el pupilo, *L. 19. ff. h. t.* Luego en la admision de la herencia se requeria la autoridad del tutor, que es *L. Q. D. D.*

### §. CCLIV. CCLV.

Del tercer axioma, *el tutor con su autoridad suple el juicio del pupilo*, se deduce: (1) que el tutor no puede interponer su autoridad en una cosa suya, *§. 3. Inst. h. t.*; esto es, no puede el tutor interponer su autoridad en ningun negocio que media entre él y el pupilo. La razon es esta: mientras el tutor suple el juicio del pupilo, él y el pupilo constituyen, por decirlo asi, una sola y misma persona: una persona no puede contraer consigo misma; luego ni tampoco el tu-

tutor con el pupilo, interponiendo aquel su autoridad. Síguese tambien, (2) que el tutor no puede comprar del pupilo, *L. 43. §. 7. ff. de Contr. Empt.*, porque de esta manera interpondria el tutor su autoridad en una cosa suya, lo cual ya dijimos que no puede hacer. Hay sin embargo una escepcion, y es, que puede el tutor comprar una cosa del pupilo, pujándola en pública almoneda, *L. 5. C. de Contr. Empt.*, y es la razon, el que alli no puede ser perjudicado el pupilo, por no fijarse el precio por convencion, sino por puja; de modo que siempre se adjudica la cosa al que mas ofrece. (3) Si se suscita un pleito entre el tutor y el pupilo, debe este tomar un especial curador *ad litem*; porque el pupilo que contesta un pleito, cuasi-contrae; el que cuasi-contrae, se obliga; el pupilo no puede obligarse sin la autoridad del tutor; este no puede interponerla en una cosa suya; luego se debe nombrar otro que autorice, que es *L. Q. D. D.* Este se llamaba antiguamente *tutor pretoriano*, segun aparece de los *Frag.* de Ulpiano, *tit. 11. §. 24.*; pero Justiniano prefirió llamarle *curador ad litem*, por no acostumbrarse dar tutor al que ya lo tiene.

## §. CCLVI....

## TITULO XXII.

*De que modo se acaba la tutela.*

## §. CCLVII.

Hasta aqui llevamos esplicadas tres partes pertenecientes al tratado de tutela; pues hemos vis-

to (a) qué cosa sea tutela, (b) de cuántas maneras, (c) y cuál el oficio del tutor. Sigue ya la cuarta parte, *acerca de los modos con que se acaba la tutela*. Este título es muy fácil, por estar fundados todos los modos en el siguiente axioma: *cesando la causa de la tutela, cesa la tutela*. La causa de la tutela es *la defensa de aquel que por su edad no puede defenderse á sí mismo*, como dijimos en la definición de la tutela §. 203. Luego si no hay necesidad de defensa, ó no puede prestarla el tutor, debe acabarse la tutela.

## §. CCLVIII.

Segun este axioma es claro que *por la muerte* se acaba la tutela, ya se muera el tutor, ya el pupilo; porque en el primer caso el tutor ya no puede defender al pupilo, y en el segundo tampoco necesita el pupilo de la defensa de ninguno de este mundo; luego en ambos casos cesa la tutela. Infíérese tambien que la tutela no pasa á los herederos, porque es cargo público (§. 204.) y personal; y un cargo personal espira con la persona, y por consiguiente no pasa á los herederos. Luego si mi padre fuese tutor, ya nombrado por el testador, ya por el pretor, yo á su muerte no le sucedo en la tutela. Además hay otra razon, y es que los tutores son nombrados por el testador ó el pretor en virtud de la singular confianza que se tiene en sus personas; y asi lo que se elije es la fidelidad y la industria de la persona. Pero esta confianza no siempre se puede poner en los herederos, ni su fidelidad é industria es siempre la misma. Luego la tutela no pasa á los herederos. Se exceptúa no obstante la tutela

274 *De que modos se acaba la tutela.*

legítima, la cual pasa á los herederos si son próximos agnados y aptos para desempeñarla. Supongamos que en la *Fig. 17. de la lámina II.* el primero, impúbero, debe recibir tutor. Sus próximos agnados son el cuarto y el quinto, parientes suyos en tercer grado; por consiguiente se les hace tutores, y eso al mismo tiempo, por estar en igual grado. (§. 221.) Supongamos ahora que el cuarto y el quinto mueren antes de la pubertad del primero; en este caso serán tutores los herederos del quinto; que son el sexto y séptimo, con tal que sean mayores de edad, y aptos para la tutela. Por qué razon? Porque muertos el cuarto y quinto, quedan próximos agnados; y asi es como debe entenderse la *L. 26. §. 1. ff. de tut.* y la *L. 46. ff. famil. ercisc.*

§. CCLIX.

Otro modo de acabarse la tutela es la capitis-diminucion; pues como se comparaba con la muerte, segun hemos visto arriba (§. 225.), *L. 209. ff. R. J.*, los juriscousultos atribuian á la capitis-diminucion el mismo efecto que produce la muerte, y acabándose la tutela por muerte, creyeron que tambien acababa por capitis-diminucion. Pero debe notarse la diferencia que hay entre la capitis-diminucion del *pupilo* y la del *tutor*, pues capite-minuido el pupilo, se acaba la tutela, bien haya sufrido la capitis-diminucion máxima. bien la media, ó ya la mínima. Mas el tutor pierde, sí, la tutela por la capitis-diminucion máxima y la media, pero no por la mínima, §. 1. 3. 4. *Inst. h. t.* La razon es la siguiente: si el pupilo sufre la capitis-diminucion máxima, se hace

siervo; si sufre la media, se hace extranjero; y si la mínima, se hace hijo de familia por arrogacion; y ni el siervo puede estar bajo tutela, por ser esta una potestad sobre una cabeza libre (§. 203.), ni el extranjero, porque la tutela es un derecho propio de los ciudadanos romanos (§. 207.), ni el hijo de familia, porque este está bajo la patria potestad, y al que tiene padre no se le da tutor. (§. 107.) Mas el que el tutor que ha sufrido la capitis-diminucion máxima ó media pierde la tutela, se funda en que ni el siervo ni el extranjero pueden ser tutores, como incapaces de cargos públicos. (§. 205.) Empero la capitis-diminucion mínima no perjudica al tutor, porque puede serlo un hijo de familia, que en los cargos públicos es reputado por padre de familia, *L. 9. ff. de his qui sui vel alieni*. Es verdad que por derecho antiguo habia una escepcion en los tutores lejítimos, quienes, sufriendo la capitis-diminucion mínima, eran tambien privados de la tutela, por ser el fundamento de esta el derecho de agnacion, el cual se perdía por cualquiera capitis-diminucion. (§. 222.) Mas como en el derecho nuevo, por la *Nov. 128. c. 145*, se hacen tambien tutores los cognados, y no se pierde la cognacion por la capitis-diminucion mínima (§. 221.), se sigue que hoy cesa la escepcion, y queda universal la regla de que *el tutor que sufre la mínima capitis-diminucion, no por eso pierde la tutela*.

## §. CCLX.

El tercer modo de acabarse la tutela, es la *pubertad*, puesto que la tutela se da porque el pupilo no puede defenderse á sí mismo por su

## 276 De que modos se acaba la tutela.

*edad.* Pero esta razon cesa siendo ya de perfecta edad, ó púbero; luego tambien acaba la tutela. Pregúntase; cuándo llega uno á la pubertad? En este punto discordaron las antiguas sectas. Los Proculeyanos creian que la pubertad debia estimarse por el estado y disposicion del cuerpo: los Sabinianos juzgaban que por los años, y segun ellos, se requerian en los varones catorce, y doce en las hembras. Javoleno Prisco, tratando de conciliar estas dos sectas, queria que se atendiese á las dos cosas, al estado del cuerpo, y á los años. Véase sobre esto á Ulpiano, *Fragm tit. 2. §. 28*, y á Servio, *Schol. ad Virgil. Æneid. lib. 7. v. 93. et Eclog. 8. v. 34*. Justiniano cortó estas disputas en la *L. fin. C. quando tut. esse desin.* y en el *pr. Inst. h. t.* confirmando la opinion de los Sabinianos. Mas aunque el emperador obró bien en esto, parece que no entendió á los Proculeyanos; pues dice ser indigna del pudor de su siglo la inspeccion ó reconocimiento indecoroso del cuerpo, por el cual creyeron los Proculeyanos que se debia graduar la pubertad. Pero el *estado del cuerpo* por el que queria Próculo que se explorase la pubertad, no parece que significa la inspeccion de las partes vergonzosas, sino el estado exterior del cuerpo, v. gr., si sale la barba, si la voz se hace gruesa, etc. Esto es lo que los Proculeyanos mandaban explorar. Véanse las *Ant. Rom. h. t.* Es verdad que Bynkershoeck, *Observ. lib. 3. c. 24.* y Gundlinjio, *Gundlingian. Part. 24. diss. 7.* se esfuerzan en probar que antiguamente estaba absolutamente recibida para la exploracion de la pubertad, la inspeccion de las partes pudendas; pero todos los ejemplos que ponen pertenecen á cuestiones nupciales, v. gr, si

se trataba de si un esposo era apto para el matrimonio, si podia juntarse con la hembra, etc., en cuyos casos auu hoy manda el juez la inspeccion ó reconocimiento. Pero si la cuestion versaba sobre acabarse la tutela, no creo que jamás se haya hecho esta exploracion de las partes jenitales; y asi en mi concepto no entendió el emperador á los Proculerianos. Como quiera que sea, hoy siempre se juzga de la pubertad por los años, y se reputan púberos los varones en siendo mayores de catorce, porque entonces han cumplido dos años climatéricos, y las hembras en siéndolo de los doce, pues una de esta edad parece

*Jam matura viro, jam plenis nubilis annis.*

### §. CCLXI.

El cuarto modo es, el *dia llegado*, ó la *condicion cumplida*. Pero este modo ya hemos dicho que solo pertenece á la tutela testamentaria, puesto que solo en testamento se puede nombrar tutor *in diem*, ó *sub conditione* (§. 213. 5); lo cual no sucede con el tutor nombrado por el pretor, como tambien se probó en el §. 245. Por consiguiente, si, v. gr., el padre dijo en su testamento: sea Ticio tutor de mis hijos durante cinco años, ó sea tutor si él no tuviere hijos, entonces pasados los cinco años, ó teniendo hijos el tutor, cesará la tutela, porque ya llegó el dia, y se verificó la condicion.

### §. CCLXII.

El quinto modo de acabarse la tutela son las *excusas*; y el sexto la *remocion del tutor sospecho-*

278 *De que modos se acaba la tutela.*

so, §. ult. *Inst. h. t.* Y aunque debiera ahora tratarse de estos modos, por cuanto son comunes á tutores y curadores, pudiendo unos y otros ya *escusarse*, ya *ser removidos como sospechosos*, deja el emperador el tratar de ellos para los últimos títulos de este libro, y por eso nosotros no haremos variacion.

§. CCLXIII.

Pasemos ahora á otra cuestion importante. Pregúntase: qué es lo que incumbe al tutor concluida la tutela? Resp. Dar cuentas, y restituir lo sobrante. Esto se deriva de la misma razon de la tutela. El tutor se da primariamente á la persona, secundariamente á la cosa (§. 207.): el que administra cosas ajenas, está obligado á dar cuentas; luego tambien el tutor. Mas por derecho romano no da estas cuentas hasta que se acaba la tutela, *L. 9. §. 4. de tut. et rat. distrah.*, porque la administracion de las cosas no cesa antes. Pero qué sucederá si el tutor se resiste á dar cuentas? Entonces hay lugar á la accion *tutelae*, que no se ha de confundir con las acciones *de suspectis tutoribus*, y *de rationibus distrahendis*; pues se diferencian en el tiempo en que se deben instituir, y en el fin á que se dirijen. La accion *de suspectis tutoribus* se instituye *durante la tutela*, si el tutor no obra con fidelidad; la accion *tutelae* se entabla *concluida la tutela*, y *no dadas aun las cuentas*; la accion *de distrahendis rationibus* se instituye *dadas ya las cuentas*, pero dadas mal y fraudulentamente. El fin de la primera accion es que el tutor *sea removido*; el de la segunda, que *dé cuentas*; y el de la tercera, que las cuentas dadas por él *se distraigan*, y que si

ha ocultado algo, restituya el doble. Por lo demas acerca de la accion *tutelae* se debe observar, (1) que es *directa* ó *contraria*. La *directa* se da al pupilo despues de la pubertad contra el tutor ó sus herederos, para que se den las cuentas, y se restituya lo sobrante; la *contraria* la instituye el tutor, despues de concluida la tutela, contra el pupilo, para que le haga indemne, v. gr., si el tutor ha hecho gastos en la hacienda del pupilo, si ha sufrido daño por la tutela sin culpa suya, etc.

Acerca de esta accion debe observarse, (2) que la accion directa infama si el tutor fuere condenado por dolo ó culpa lata, *L. 1. ff. de his qui not. infam.*, porque cuanto mayor es la confianza que se deposita en el que se da por tutor al pupilo, tanto mas torpe es el dolo con que aquel engaña á este; y asi con razon se le marca con la nota de infame.

§. CCLXIV....

**TITULO XXIII.**

*De los curadores.*

§. CCLXV.

Cuanto hasta aqui llevamos tratado pertenece á la tutela: ahora hablaremos de la curaduría. Los verbos latinos *curare* y *procurare* son sinónimos muchas veces, lo mismo que lo son tambien los nombres *curator* y *procurator*. Ahora pues: *procurare* y *curare* es administrar negocios ajenos, ó encargarse de cuidar de los bienes de otro, segun se ve en *Plaut. Epidic. Act. I. Scen. II. v. 27:*

*Quod ad me altinuit, curavi, quod mandasti nihi.*

Mostell. *Act. I. Scen. I. v. 24:*

*Hoccine mandavit tibi, quum peregre hinc ibit senex?  
Hoccine modo hic rem curatam offendet suam?*

Y en otros varios pasajes. Por lo cual Corn. van Bynkershoeck, *Obs. 2. 20.* advirtió que los procuradores del César se llamaban tambien *curadores del César*. Véase igualmente la *L. 1. C. si tut. vel inter.*

### §. CCLXVI.

De esta significacion se deduce fácilmente la definicion del curador y de la curaduría. Por curaduría se entiende la facultad de administrar los bienes y hacienda de aquellos que por sí no pueden manejarlos. Digo (1) *facultad*, no adquisitiva, cual es la del padre sobre los hijos, sino la *directiva*, cual compete á todos los administradores de cosas ajenas. Digo (2) *de administrar los bienes y hacienda*, porque asi como el tutor defiende la persona del pupilo; y por eso la tutela es la fuerza y potestad para defender á aquél que por su edad no puede defenderse á sí, *L. 1. ff. de tut.*, del mismo modo la curaduría es la potestad de administrar las cosas ó bienes. Añado (3) *de aquellos que por sí no pueden manejarlas*. Luego los curadores se dan á aquellos, que aunque son personas plenas y perfectas, no pueden con todo por otro impedimento cuidar de sus cosas, como son los menores de edad, furiosos, pródigos, los que padecen enfermedad habitual, los ausentes, etc.

## §. CCLXVII.

Por esta definicion se conoce cual es la diferencia que media entre un tutor y un curador. (1) El tutor se da primariamente á la persona, y secundariamente á las cosas; y el curador se da primariamente á las cosas, y secundariamente á la persona (§. 207.); porque un pupilo es como media persona, y por eso es preciso que se integre y supla por el tutor y su autoridad; pero un púbero es una persona plena y perfecta, y asi no hay necesidad de que se agregue el suplemento del tutor. Mas por quanto un púbero no siempre es padre de familia bueno y moderado, de aqui es que se le debe juntar un curador que ceele sobre la administracion de los bienes, y procure primariamente que no sufran ningun daño, aunque secundariamente asista tambien á la persona. He aqui la primer diferencia, acerca de la cual se debe examinar las leyes alegadas, y asimismo repetirse lo que arriba dijimos. (§. 207.) (2) El tutor interpone su autoridad, porque aumenta, por decirlo asi, la persona, y suple el defecto de la impubertad, *L. 32. §. 2. ff. de adquo vel amitt. possess.*; pero del curador, en razon de que nada falta á la persona de los púberos, no se dice que interpone su autoridad, sino su *consentimiento*. Y asi es que en las Pandectas el *tit. 8. lib. 26.* tiene por inscripcion: *de auctoritate et consensu tutorum et curatorum*; de suerte que la autoridad pertenece á los tutores, y el consentimiento á los curadores. (3) Al que tiene tutor no se le puede dar otro tutor, *v. gr.*, si se suscita un pleito entre el tutor y el pupilo; pues entonces se nombra

mientras tanto un curador *ad litem*, porque el tutor no puede interponer su autoridad en una cosa suya (§. 254). *L. 27. ff. de test. tut. L. 21. §. ult. ff. de excus. L. 38. §. 8. ff. administ. tut. L. 17. ff. de tut. L. 15. de tut. dat.*

### §. CCLXVIII.

Examinemos ahora de cuantos modos es la curaduría. Arriba dividimos la tutela en testamentaria, legítima y dativa (§. 208. 209.); y de la curaduría hay tambien las mismas especies? Resp. De ninguna manera. Hay, es cierto, *curaduría legítima*, que se defiere á los próximos agnados ó cognados; y la hay *dativa*, que se encarga por el magistrado. Pero á la *testamentaria* no hay lugar absolutamente; porque (1) la ley de las XII tablas habia, sí, permitido á los padres *legar ó hacer testamento de su cosa*, (§. 208.) Ulpian. *Fragm. tit. 11. §. 14.*; mas no acerca de la curaduría de su cosa. (2) Parecia un absurdo que el padre dispusiese de la curaduría para aquel tiempo en que el mismo hijo podria hacer testamento. Al modo, pues, que la sustitucion pupilar cesa con la pubertad, porque el padre no puede iustituir heredero al hijo para un tiempo en que el mismo hijo puede testar y constituir heredero, *L. 14. ff. de vulg. et pupill. subsistit.*, asi tambien puede dar tutor hasta el tiempo de la pubertad, mas no curador despues de ella, porque entonces el hijo mismo hace testamento, por lo cual no puede llegar hasta este punto la provision paterna. Por consecuencia, la curaduría es *legítima* ó *dativa*. Legítima es la que compete por la ley á los próximos agnados

y cognados; y es la de los *furiosos* ó *pródigos*: *dativa*, la que se defiere por el magistrado; y es la de los *menores* ó *impedidos por enfermedad*, ó *ausentes*, de lo cual hemos querido ocuparnos aqui, aunque debiéramos tratar de ello en el §. 273.

I. La primera especie de curaduría legítima es la *curaduría de los furiosos*, pues por la ley de las XII tablas se prevenia que fuesen curadores del furioso los próximos agnados y jentiles, Cic. *Quaest. Fusc. lib. 3. c. 11*. Quienes sean los agnados, y quienes los jentiles, no hay para que repetirlo aqui, pues todo esto se ha explicado arriba en el §. 220, donde espusimos que agnados eran todos los del mismo cognombre, y jentiles todos los del mismo nombre: por ejemplo; todos los Cicerones eran agnados de Ciceron; todos los Tulios eran jentiles suyos; aquellos eran de la misma familia que él, y estos del mismo tronco ó raza. Por consiguiente, al que se volvía loco, se le juntaba por curador el hermano; si no tenía hermano, el tio paterno; si tampoco habia tio paterno, otros mas remotos, del modo que esplicamos arriba cuando hablamos de la tutela legítima (§. 220. 221.), donde tambien hemos observado que hoy por la *Nov. 118. c. 4*. no hay diferencia entre agnados y cognados, y que por lo mismo, no solo aquellos son llamados á la tutela, sino tambien estos. Hay algunos que niegan que la tutela del furioso sea hoy legítima, fundándose en la *L. 6. y L. 13. ff. de curat. furios.*, en que se dice que los magistrados dan curadores á los furiosos con conocimiento de causa. Si pues los nombran los magistrados, no serán tutores legítimos. Pero la res-

puesta está en la misma *L. 13.*, donde se añade: que el pretor no debe escluir fácilmente á los parientes que sean hábiles. Luego con razon se llama tambien lejitima por derecho nuevo esta curaduría, (1) porque viene de la ley de las XII tablas, (2) porque compete á los mismos á quien la ley concede la sucesion abintestato. Y el haber empezado por derecho nuevo el májistrado á dar con conocimiento de causa curadores á los furiosos, provino de que muchas veces los próximos cognados, ambicionando los bienes de alguno, decian que estaba loco, y con este pretesto invadian sus bienes como curadores lejitimos. De lo cual se ve un ejemplo muy gracioso en *Plaut. Menoech. Act. V. Scen. II. v. 75. y sig.*, en donde una mujer y su padre tienen á Sósciles por loco, siendo así que estaba muy sano, y lo mandan llevar al médico para que lo cure, cuando estaba mas cuerdo que el mismo médico. Pues para que no se jugase de esta suerte con la sencillez de otros, prometió el pretor admitir á los agnados á la curaduría de los furiosos, pero esto con conocimiento de causa, á saber; si primero le consta claramente que está loco aquel cuya curaduría apetecen. Por lo demas, notaré de paso que aqui tuvo oríjen entre los latinos el elegante proverbio, *ad agnatos et gentiles remittendus*, de que usaban para significar que uno no estaba en su juicio.

#### §. CCLXIX.

II. Sigue otra especie de curaduría lejitima, á saber: la de los *pródigos*; los cuales estaban bajo la curaduría de los agnados y cognados lo mis-

mo que los furiosos, porque tambien se decia de ellos que hacian un uso irracional de sus cosas, L. 12. §. 2. ff. de tut. dat. Por lo cual debe repetirse aqui lo que dijimos en el §. 249. Esta curaduría viene tambien de las XII tablas, no porque en estas se hiciese mencion de ella, sino porque los jurisconsultos la hacian derivar por interpretacion estensiva; pues creian que en razon de economía, ninguna diferencia mediaba entre un pródigo y un loco. Dándose, pues, curador á los furiosos, por malgastar sus cosas, habia motivos para darse tambien á los pródigos, porque *donde hay la misma razon, debe haber la misma disposicion de derecho*. Solo, pues, falta esplicar, quiénes son los pródigos? Resp. que se debe distinguir entre pródigos en sentido jurídico, y pródigos en sentido moral. Se llaman *moralmente pródigos* todos aquellos que en sus gastos no tienen moderacion ni término, y consumen asi sus bienes. Pero nosotros no tomamos en este sentido la palabra pródigo; porque si hubiesen de tomar curadores todos los pródigos de este jénero, era muy de temer que hubiese una infinidad de hombres á quienes se pudiesen poner curadores. Pero *jurídicamente pródigos* se llaman aquellos á quienes el pretor prohibió la administracion ó manejo de sus bienes; pues cuando el pretor con conocimiento de causa hallaba que alguno era pródigo, daba un decreto, cuya elegantísima forma nos conservó Paulo *Recept. Sent. lib. 3. tit. 14. §. 7*. Pues que con tu malversacion dilapidas los bienes de tus padres y abuelos, y reduces á la indijencia tus hijos, te prohibo su administracion y manejo: *Quando tu bona paterna avitaque nequitia tua dis-*

*perdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi, ea re commercioque interdicto.* Hecho esto, al instante quedaba el pródigo bajo la curaduría de los agnados y jentiles.

### §. CCLXX. CCLXXI.

De las especies de *curaduría dativa*, la primera es la *curaduría de menores*. ¿Pues acaso la ley de las XII tablas habia mandado que á estos se les diesen curadores? De ninguna manera; y esto por dos razones. (1) Porque en el tiempo en que se formaban las XII tablas era severa y recta la disciplina de los romanos, y tan honrados y morijerados los jóvenes, que no necesitaban de curadores; lo cual empezó á ser de otra manera en tiempos posteriores, cuando se hubo introducido el lujo. (2) Porque en razon de que solo los locos y pródigos recibian curadores, la curaduría parecia en cierto modo ignominiosa; y por eso no querian los antiguos lejisladores ofender la delicadeza y pundonorosa honradez de los jóvenes, poniéndolos en el mismo lugar y número que los pródigos y locos. De esta ignominia que acabamos de decir era inherente á la curaduría, se hallan señales en la *L. 2. ff. si à par. quis manum.*, donde se dice ser *cosa inicua*, que los hombres de bien no tengan la libre administracion de sus cosas. Pero andando el tiempo se creyó necesario al bien de la república, el que se atendiese al socorro de los menores, en consideracion á que por su poca edad podian fácilmente engañarse y ser engañados. Por esta razon se promulgó la ley *Laetoria*, anterior á los tiempos de Plauto, que en su comedia intitulada *Pseudo-*

lus ó el embustero, *Act. I. Scen. III. v. 68*, la llama *quinavicennaria*, esto es, que exijia veinticinco años para poder manejar los bienes. Por esta ley (1) se fijaron los años de la mayor edad, de suerte que se tuviesen por mayores á los que pasasen de veinticinco *L. 2. C. Theod. de Donat.* (2) Se introdujo el beneficio de la restitucion *in integrum* á favor de los menores perjudicados por contrato ó cualquier otro negocio. *Plaut. Rud. A. v. 1. c. 3. v. 25.* Prisciano *lib. VIII. p. 794* y *lib. XVIII. p. 1164.* (3) Tambien se estableció que á los menores de veinticinco años, que quisiesen (pues el hacerles tomar curador contra su voluntad, se tenia por ignominioso), se les diesen curadores con conocimiento de causa. Sin embargo, aun asi no parecia haber mirado bastante por los menores; porque (a) no á todos se daba curador, sino á los que le pedian: (b) no se daba curador sino con conocimiento de causa. Por estas razones estableció el emperador Marco Antonino (1) que todos los menores recibiesen curadores, (2) y que esto fuese ademas sin conocimiento de causas. Véase á *Jul. Capitol. en la vida de M. Antonino, c. 10.*, cuyo pasaje interpretamos en nuestros *Elementos* en el escolio de este párrafo. Desde aquel tiempo, pues, todos los menores de edad recibieron tutores.

## §. CCLXXII.

Mas aqui se ofrece una duda no pequeña, porque segun la constitucion del emperador Marco Antonino todos reciben curadores, y sin embargo Justiniano, §. 2. *Inst. h. t.*, dice espresa-

mente que no lo reciben los que no lo quieren, sino los que lo piden; lo cual tambien se halla en la *L. 13. §. 2. ff. de tut. et cur. dat. L. 2. §. pen. et ult. ff. qui pet. tut. et cur.?* A esto respondo, que ambas cosas son compatibles. En efecto, no se da curadores sino á los menores que lo piden y desean; pero M. Antonino inventa un buen medio para obligar á los jóvenes á que lo pidan; porque ni reciben la administracion de sus bienes; ni la tutela se considera acabada hasta tanto que pidan curadores. *L. 1. §. ult. ff. de minor. L. 33. §. 1. L. 28. §. 1. L. 31. ff. de admin. tut.* Si, pues, los jóvenes quieren librarse (lo cual sin duda quieren todos), deben pedir curadores. De esta manera se da curador á los que lo piden, y sin embargo se les da á todos. Esto se debe tener muy presente, porque Revardo, *lib. 1. var. c. 12*, Tomasio *in annot. ad Inst.*, y otros reprenden ásperamente á Triboniano, por haber escrito que los jóvenes no reciben curadores contra su voluntad; ¡como si fuera probable que Triboniano ignorase en tanto grado el derecho de su tiempo, que no supiese si se daban ó no curadores á todos los menores! ¡Qué! ¿lo que hoy no ignora el mas estúpido de los curiales, diremos que era desconocido á Triboniano?

### §. CCLXXIII. CCLXXIV.

El §. 154 ya queda explicado arriba con el §. 149. Resta solamente examinar, 1) quién nombra los curadores? 2) cómo acaba la curaduría? 3) qué accion se da contra los curadores acabada la curaduría? 4) qué cosa sea actor, y en qué se diferencia del curador?

I. Todos los que nombran tutores, nombran tambien curadores. Asi, pues, en la ciudad nombraban curadores el pretor con la mayor parte de los tribunos de la plebe, y en las provincias los presidentes. Despues tambien otros majistrados recibieron por ley especial esta facultad, como dijimos en el §. 242. Tambien es claro que todos los que pueden ser tutores, pueden tambien ser nombrados curadores, por lo cual lo pueden ser los hijos de familia, con tal que sean mayores de edad. Pero el que es tutor, ¿podrá ser obligado á tomar tambien la curaduría? En el §. 18. *Inst. de excus. tut.* se dice que no puede, y la razon es porque no parece razonable gravar á un amigo con dos cargas, cuando la remuneracion no es correspondiente.

### §. CCLXXV.

II. A la cuestion de *cómo se acaba la curaduría?* se responde fácilmente. 1) Por parte de aquel á quien se da curador, se acaba la curaduría todas las veces que cesa la causa porque se da. Asi, por ejemplo, cesando la prodigalidad, la enfermedad, la minoridad, cesa la curaduría de los pródigos, enfermos, menores; pues *cesando la causa, cesa el efecto*. 2) Por parte del curador se acaba la curaduría (a) por escusa, v. gr., si el curador prueba que por estar ausente de la república no puede atender á la curaduría: (b) por remocion, á saber, si el curador no desempeña con fidelidad la curaduría, y es removido por esto como sospechoso. Pero de esto hablaremos en el penúltimo y último título.

## §. CCLXXVI.

III. Igualmente fácil es la cuestion: *qué acción compete contra el curador acabada ya la curaduría?* Resp. La *acción de tutela* que esplicamos arriba §. 263, pero no la directa, sino la *útil*. Asi, pues, del mismo modo que acabada la tutela pone el pupilo su acción contra el tutor, para que dé cuentas y restituya lo sobrante, y por el contrario el tutor contra el pupilo para que le resarza los daños, *L. 1. pr. ff. de tut. et rat. distrah.*: asi tambien, concluida la curaduría interpone el menor acción contra el curador, para que dé cuentas y devuelva lo restante; y por el contrario, el curador contra el menor, cuyas cosas administró, para obtener indemnidad. *L. 3. C. de arbitr. tut.* Esto es fácil de entender. Lo único que todavía merece nuestro exámen es la razon, por qué esta acción se llama *útil*, cuando la otra que compete entre el tutor y el pupilo se llama *directa*? Una vez por todas esplicaremos esto, pues ocurrirá con frecuencia en adelante. Todas las acciones que se derivan de las *mismas palabras* de la ley, se llaman *directas*; las inventadas por los jurisconsultos por medio de la interpretación, por cuanto no se derivan de las palabras, sino de la *razon de la ley*, se llaman *útiles*; y finalmente, las que introduce el pretor sin atender á las palabras de la ley, llevan el nombre de *acciones in factum*. De esto hay un elegante ejemplo en el §. *últ. Inst. de L. Aquil.*, donde se explica la acción de la ley *Aquila directa*, *útil é in factum*. Asi que, como las leyes de las XII tablas hicieron mencion de la *acción de tu-*

*tela*, sin que añadiesen ni una palabra acerca de los curadores, creyeron los juriconsultos que esta accion de tutela se podia tambien acomodar á los curadores, porque *donde hay la misma razon, debe haber la misma disposicion de derecho*; y por eso á esta accion la llamaron *accion útil de tutela*.

## §. CCLXXVII.

IV. Resta hablar de la cuestion *qué cosa sea actor?* Actor significa algunas veces aquel que entabla una accion en juicio, pero aqui se toma esta palabra en un sentido muy distinto. Aqui *actor* quiere decir *mandatario del tutor ó curador*; porque al modo que el que en juicio ó fuera de él no puede administrar sus cosas, da sus veces á un *procurador*; asi el tutor ó el curador las da á un *actor*. §. *últ. Inst. h. t.* Pudiera esto parecer una sutileza de palabras, porque qué importa que usemos del nombre de procurador ó de actor? Resp. Hay grandísima diferencia. 1) El procurador, como adelante veremos, se hacia parte; luego solo podia ser constituido por el dueño, *L. 1. ff. de procons.*; es asi que el tutor y curador no son dueños, sino administradores; por consiguiente no podian constituir procurador, sino actor. Debe pues tenerse presente la diferencia de los vocablos: el dueño nombra *procurador*; una universidad, *síndico*; y el tutor ó curador, *actor*. 2) El procurador legitima su persona simplemente *con un mandato del dueño*; pero el actor *necesita de dos legitimaciones*. En primer lugar presenta el mandato *actorio* dado por el tutor ó curador; y despues el *tutorio*, es decir, el ins-

trumento por el cual el tutor ó curador ha sido nombrado por el majistrado.

§. CCLXXVIII....

TITULO XXIV.

*De las fianzas de los tutores ó curadores.*

§. CCLXXIX.

Pasamos ahora á tratar de ciertas cosas que dijimos ser comunes á tutores y curadores, cuales son: la *dacion de fianzas*, de que se hablará en este título; la *escusacion*, materia del siguiente; y el *delito de sospechoso*, objeto del último. En este esplicaremos, 1) qué cosa sean fianzas? §. 279. 2) por qué las dan los tutores? §. 280. 3) quiénes las dan? §. 281 hasta el 283. 4) cuáles sean los efectos de estas fianzas? §. 284. 285.

*Afianzar* á veces se toma en sentido jeneral, á veces en sentido especial, y otras en sentido especialísimo ó estrictísimo. *En jeneral* se llama fianza toda caucion, ya se dé con fiadores, ya con prendas, ya con juramento, ó bien con simple promesa, v. gr., en la *L. 61 ff. de V. S. L. 49. ff. de solut. Mas especialmente* se entiende por este vocablo la caucion dada con fiadores y prendas, cuyas cauciones se llaman tambien *idóneas* otras veces, *L. 59. ff. ult. §. mand.* Y en el sentido *especialísimo*, fianza es la caucion que se da por medio de fiadores, *L. 1. ff. qui satisd. coguntur.* Aqui se toma en este último sentido la palabra fianza, de suerte que los tutores y curadores no pueden prestar ninguna otra clase de

caucion mas que la *fidexusoria*, y esto por dos razones. 1) Porque esta caucion es pretoria, y se manda que la exija el pretor; y las cauciones pretorias siempre se deben prestar con fiadores, segun la *L. 7. ff. de prost. stip.*, que se debe tener muy presente. 2) No puede saberse en cuanto se haya de interesar el pupilo, es decir, cuánto daño le haya de causar el tutor. Asi que, si se dan prendas estimadas en mil florines, y despues el tutor causa daños en valor de diez mil, poco se habrá mirado por la seguridad del pupilo con esta caucion pignoraticia. Por esto se necesitan fiadores que aseguren para todo evento, y prometan que *los intereses del pupilo quedarán sin menoscabo*.

### §. CCLXXX.

De aqui se puede inferir por qué causa se ha inventado esta fianza. 1) El tutor, aunque se dé primariamente á la persona, administra sin embargo tambien los bienes del pupilo; mas el curador se da primariamente á las cosas. Ahora pues, segun una regla jeneral de derecho, los que administran cosas ajenas deben dar cuentas y afianzar; y asi es que los administradores y procuradores del fisco, los arrendatarios, y aun los usufructuarios tienen obligacion de afianzar, porque usan de cosas ajenas. Luego tambien los tutores y curadores deben prestar fianzas. 2) A esto se agrega el favor especial concedido á los pupilos; pues importa al bien de la república que los pupilos destituidos de todo auxilio, tengan asegurados sus intereses por la vijilancia de los magistrados; y esto no podria conseguirse si no se mandase á los tutores y curadores dar fianzas.

## §. CCLXXXI. CCLXXXII.

No obstante, como no á todos los tutores ó curadores se obliga indistintamente á dar fianzas, se trata aqui la tercera cuestion, á saber: *á quienes incumbe ó no incumbe el darlas?* Para resolverla sentaremos, segun nuestra costumbre, un axioma jeneral, y de él sacaremos despues conclusiones particulares. El *axioma jeneral* es: *estan obligados á dar fianzas todos aquellos tutores ó curadores en quienes cae alguna sospecha.* Esto se infiere del mismo fin de estas fianzas, del cual hablamos en el §. 280. Se afianza para que las cosas del pupilo queden intactas. Si, pues, no aparece ningun peligro de que el tutor ó curador usurpe los bienes del pupilo, cesando la causa, justo es que cese tambien el efecto, es decir, la presentacion de fianzas. Por este axioma venimos en conocimiento (1) de quien no afianza, y (2) de quien está obligado á afianzar.

I. No están obligados á afianzar (1) los tutores testamentarios. Por qué? Porque parece que el padre habrá examinado cuidadosamente las costumbres y fidelidad del que nombra por tutor de sus hijos, y conocido bien su honradez y aptitud, *L. 7. §. 5. C. de cur. furios.* No recayendo, pues, sobre ellos sospecha alguna, segun nuestro axioma, es justo que se les exima de la carga de dar fianzas. (2) Los nombrados por majistrados mayores, como pretores, cónsules, presidentes de las provincias. La razon es, porque estos majistrados mayores no pueden nombrar tutor, sino prévia inquisicion. Si, pues, inquirieron ó averiguaron con cuidado sus costumbres, es claro

que se halló que eran diligentes y dignos de confianza, L. 13. §. *ult. ff. de tut. dat.* Si se halló que son tales, ninguna sospecha recae sobre ellos. Luego segun nuestro axioma no hay en este caso necesidad de caucion.

II. Por el contrario, se conoce tambien fácilmente quienes están obligados á afianzar, á saber: (1) todos los lejitimos, L. 5. §. *ff. de leg. tut.* Estos, ni son elejidos por el testador, ni por el majistrado, sino que son llamados inmediatamente por la lay; no porque sean mas diligentes que los demas, sino porque son los mas allegados. Luego recae sobre ellos sospecha; y tanto mas, quanto son próximos herederos, y es fácil que prefieran tener la herencia á esperarla. (§. 218. y sig.) Por consiguiente, segun nuestro axioma, deben afianzar. (2) Los nombrados por majistrados menores, porque no nombran tutores con inquisicion. Y puesto que de esta manera no está averiguada la fidelidad de los tutores y curadores nombrados, recae sospecha sobre ellos, y por lo mismo están obligados á afianzar. (3) Tambien lo están los testamentarios lejitimos y dativos que se ofrecen á la administracion, §. 2. *Inst. h. t.*, porque se presume que no se ofrecerian si no desearan lucrarse: en los que desean lucrarse de los bienes del pupilo, recae sospecha; luego tienen que dar fianzas. He aqui toda la doctrina, y su conexion con el principio arriba establecido. Pero aqui ocurre una duda: si hay muchos tutores, ó nombrados por testamento, ó lejitimos de un mismo grado (pues todos estos dijimos arriba (§. 220. 3.) que llama la ley al mismo tiempo), *se ha de permitir á todos la administracion, ó á uno solo de ellos, y en este caso, quién debe*

*ser el preferido?* Fundadamente creyeron los jurisconsultos que no conviene al pupilo el que á un mismo tiempo administren muchos tutores; porque las mas de las veces una administracion dividida entre muchos, produce negligencia y confusion, L. 3. §. 6. *ff. de admin. tut.* Por eso se distingue si la tutela es corta, ó si es difusa y está esparcida por diversas partes: si *es difusa y está esparcida por diversas partes*, entonces puede dividirse la administracion, de suerte que uno cuide de los intereses que hay, v. gr., en Holanda, otro de los que hay, por ejemplo, en Frisia, otro dé á réditos el dinero del pupilo, etc. Mas si la tutela es *corta*, y nada mas que medianas las facultades del pupilo, en tal caso la administracion se confia á uno solo de los muchos tutores nombrados, L. 3. §. 2. *ff. eod.* Pero á quién se confiará con preferencia? Antes que todos, á aquel que se ofrece, porque entonces este queda obligado á prestar la culpa levisima, L. 53. §. 3. *ff. de furt.*; de lo cual daremos adelante la razon en el §. 788. Si nadie se ofrece, es preferido aquel á quien ha designado el testador, por indicar esto que ha formado un juicio muy favorable de su fidelidad y diligencia. Si tampoco hay ninguno designado por el testador, pertenecerá la administracion á aquel á quien la confiera la mayor parte de los tutores, porque siendo igual el derecho de todos ellos, nada parece mas justo que el que sea preferido á los demas el elejido por mayoría de votos. Finalmente, si tampoco elijen los cotutores, al pretor toca interponer su oficio, y designar uno solo, el que juzgue mas apto; porque en esta materia mucho se deja al oficio y arbitrio del majistrado, tanto que no siempre está

obligado á seguir la voluntad del testador , ni á preferir necesariamente á los demas al que se ofreció espontáneamente , si median las causas que alega Ulpiano en *d. L. §. 3. de admin tut.* y en la *L. 17. §. 12. ff. de test. tutor.* Pero cualquiera que sea el que de muchos tutores recibe solo la administracion , está como dijimos , obligado á dar á los demas fianzas de que los intereses del pupilo se conservarán intactos ; y esto , bien sea el tutor testamentario , bien legitimo , ó dativo. Pudiera alguno objetar que nadie , segun nuestro derecho , puede estipular para otro que para sí , *§. 4. Inst. de inut. stipul.* , y aqui los cotutores estipulan del que toma la administracion , que el pupilo no recibirá daño en sus bienes , y por lo mismo no estipulan para sí , sino para otro , que es el pupilo ; luego será inútil esta estipulacion ? Se responde que aquella regla es cierta , pero con esta escepcion : *á no ser que importe al estipulante* , *§. 18. Inst. eod.* (Véase adelante , *§. 833. 6. §. 866. 10.*) Es así que en este caso importa muchísimo á los cotutores el que los intereses del pupilo no reciban menoscabo , porque si lo reciben , ellos son responsables , y se da contra ellos la accion de tutela para que resarzan al pupilo todo al daño (*§. 263.*) ; luego , ect.

### §. CCLXXXVIII.

Pero *de qué modo* afianzan los tutores ? Resp. Afianzar es dar caucion por medio de fiadores ; luego se deben presentar fiadores. Ademas , la fianza es una especie de estipulacion , pues si uno se obliga por otro por medio de un pacto nudo , esto no será *haber afianzado* , sino *haber prometido* (cons-

## 298 De las fianzas de los tut. y curad.

*tituisse*). (§. 873.) Siendo, pues, la fianza una especie de estipulacion, uno debia necesariamente preguntar: prometes á fe tuya que no sufrirán menoscabo los intereses del pupilo? *Tunc fide tua promittis rem pupillo salvam fore?* y otro responder congruentemente: á fe mia lo prometo: *fide mea promitto*. (§. 829.) Sobre quien habia de responder congruentemente, no cabe ninguna duda, debia ser el fiador. La dificultad estaba en saber quien habia de preguntar. Si podia hablar el pupilo, es decir, si era mayor de siete años, él mismo podia preguntar, porque bien podia sin la autoridad del tutor hacer mejor su condicion. (§. 251.) Pero y si no podia hablar? si aun era infante? Parece que entonces ni el tutor podia preguntar, porque antes de presentar fianzas aun no era tutor, ni el majistrado, ni los agnados, pues nadie podia estipular para otro, §. 4. *Inst. de inutil. stipul.* Cómo, pues, se componia esto? Decian los antiguos: 1) que en lugar del pupilo debia preguntar un siervo, porque el siervo con su estipulacion adquiere para su señor, y su estipulacion no vale sino por la persona del señor. (§. 848.) 2) Que si no tenia siervo, se le comprase. 3) Que si tampoco esto podia hacerse, entonces debia preguntar un siervo público, *L. 2. ff. rem. pup. salv. fore.* Porque es de saber que habia siervos públicos de varios jéneros; unos eran ministros, que estaban siempre al lado del majistrado (*apparitores*), otros lictores, otros *viatores*, es decir, mensajeros para convocar ó llevar órdenes, otros tabeliones ó escribanos. A estos últimos incumbia principalmente el preguntar en lugar de los pupilos, segun esplicó perfectamente el erudito jurisconsulto Amaya, *Comment. ad C. lib. 10. tit. 69. L. 3.* Pero

cómo es, se dirá, que un siervo público podia estipular que los intereses del pupilo no serian perjudicados? Porque á la verdad el siervo en este caso estipulaba para otro contra la regla del §. 4. *Inst. de inutil. stipul.* A esto respondo, que un siervo público era siervo de toda la ciudad ó república, y por consiguiente tambien del pupilo, como ciudadano de esta república. Luego no solo podia adquirir para toda la ciudad con su estipulacion, sino tambien para cada uno de los ciudadanos, si espresamente estipulaba para él, segun esplicó Jac. Godofredo, *Commet. ad R. J. p. 322.* Véase la *L. 3. ff. de praet. stip.* y la *L. 1. §. 4. ff. ut legat.*

### §. CCLXXXIV. CCLXXXV.

Falta que ahora hablemos tambien del efecto de las fianzas que presentan los tutores. Este efecto consiste en que el pupilo, concluida la tutela, tiene tres acciones para conseguir las cosas suyas que le faltan. Porque 1) instituye la *accion de tutela* contra los tutores, para que den cuentas y restituyan lo restante, de cuya accion hablamos arriba. (§. 263.) 2) Si con esta accion no recupera de los tutores su cosa, tiene la accion *ex stipulatu* contra los fiadores, para que resarzar el daño causado por los tutores; y lo mismo da que los tutores sean insolventes, ó estén huidos, ó que por estar ausentes no puedan ser demandados. De esta accion trata todo el *tit. ff. de fidejuss. et nominat.* 3) Si tampoco los fiadores son idóneos, y el pupilo no puede recobrar de ellos su cosa, entonces recae la culpa sobre el magistrado que admitió estos fiadores poco idóneos, y se da contra él la accion *subsidiaria*, de que habla el *tit. ff. de magistr. convent.* Esta accion, pues, se da al

### 300 *De las fianzas de los tut. y curad.*

pupilo, que concluida la tutela no puede recobrar su cosa ni del tutor ni de los fiadores (porque debe haber demandado á todos estos, antes de entablar esta accion contra el majistrado). Se da no solo contra las personas (pero no contra el colejio ó corporacion) que nombraron tutor sin fiadores abonados, sino tambien si ha mediado culpa lata, contra sus herederos (no contra los sucesores singulares), para que sean resarcidos todos los daños causados. Pero esta accion se usa raras veces, y no se debe esperar de ella mucha utilidad: porque 1) siempre milita en favor del majistrado la presuncion de diligencia, hasta que se pruebe lo contrario, y esta prueba por lo comun es bastante dificil. 2) El majistrado queda libre, si hace ver que en el tiempo en que se han obligado los fiadores, eran idóneos, y que despues perdieron sus bienes, como sucede por lo regular, *L. 1. §. 13. ff. de mag. convent.* 3) Jeneralmente, segun reglas de jurisprudencia universal, es peligroso litigar con majistrados, y sobre esta materia hay una elegante disertacion de Tomasio, *de exiguo usu doctrinae Inst. de actione adversus judicem, qui litem suam ferit.*

#### §. CCLXXXVI....

### TITULO XXV.

#### *De las excusas de los tutores y curadores.*

#### §. CCLXXXVII. CCLXXXVIII.

Ademas de las fianzas, tambien las excusas son comunes á tutores y curadores; por lo cual se trata

de estas en el presente título. Tres son los puntos principales: 1) por qué se concede á los tutores y curadores el que se escusen? 2) Cuál es el significado *jurídico* de *escusar*? 3) Cuántas especies hay de escusas?

I. A los tutores y curadores se les conceden algunas escusas, porque la tutela y curaduría son cargas públicas (§. 204.); y aunque todos estaban obligados á sufrir las cargas públicas personales, sin embargo algunos habia que estaban *exentos*, v. gr., los *militares*; otros tenian *vacacion*, como los viejos, veteranos, legados; otros *se escusaban* si les asistia una justa causa, por ejemplo, el número de hijos. Por eso en el libro primero de las Pándectas, donde se trata espresamente la materia de cargas públicas, aparecen los títulos *de inmunitate, de vacatione et excusatione munerum*. Asi, pues, al modo que de las demas cargas públicas escusaban justas causas, asi tambien parecia conforme á equidad que las mismas escusasen de la tutela.

II. Obsérvese que la palabra *escusar* significa una cosa para los gramáticos, y otra para los juriconsultos. Entre gramáticos *escusar* se dice por la causa, y por eso significa tanto como *alegar una causa por la cual no está uno obligado á sufrir una carga*. Mas para los juriconsultos, *escusar* es *eximir ó no admitir á alguno por una causa grave*. Asi, por ejemplo: en la L. 1. §. 3. ff. de postul., dice Ulpiano: *initium autem fecit pretor ab his, qui in totum prohibentur postulare; in quo edicto aut pueritiam aut casum escusavit*: donde seguramente *escusar* es lo mismo que prohibir, pues el pretor no admitiria á niños ni á sordos, aunque quisiesen acusar, y sin embargo dice que los escu-

### 502 *De las excusas de los tut. y curad.*

sa. En el mismo sentido se dice en la L. 2. ff. de *decurion*, que los muchachos están por cierto tiempo excusados, es decir, impedidos de ser *decuriones*; y aunque aquí piensa injeniosamente Cujacio, *Observ. lib. 26. 38.*, que se debe leer *excuriantur*, no hay necesidad de enmendar este texto, que presenta un sentido bastante íntegro. Luego entre los jurisconsultos excusar significa alegar causas, y prohibir: significacion tan singular, que Teófilo y los demas jurisconsultos griegos, viendo que en su idioma no habia ninguna palabra que significase esto, se determinaron á conservar la latina, y finjieron una palabra griega que espresase la misma idea. Sobre este punto ha hecho algunas observaciones importantes Bynkershoek. *Observ. 4. 20.*

III. Ahora ya podemos fácilmente conocer de cuantas especies son las excusas de los tutores y curadores. Divídense (1) en *voluntarias* que si se oponen, aprovechan; v. gr., el número de hijos; pues si se alega esta causa, excusa; si no se alega, tambien está obligado á tomar la tutela el padre que tenga muchos hijos. (2) *Necesarias*, que aun quando no se opongan ó aleguen, impiden tomar la tutela; v. gr., un pleito con el pupilo; pues si consta que media esta circunstancia, el pretor no admitirá por tutor al que la tenga, aun quando este quiera recibir la tutela. De las excusas *voluntarias* se trata desde el §. 289. hasta el §. 294.; de las *necesarias* en el §. 295., y de la alegacion de unas y otras desde el §. 296. hasta el fin del título.

### §. CCLXXXIX.

Las *causas voluntarias de excusar* son de tres clases; pues ó se admiten 1) por privilegio, §. 289.

hasta el 292., ó 2) por impotencia, §. 293., ó 3) por peligro de la reputacion, §. 294.

I. Por *privilegio* se escusan 1) los padres de muchos hijos. En Roma escusaban tres, en Italia cuatro, en las provincias cinco, con tal que fuesen *naturales*, no adoptivos; *legítimos*, no espúrios; *nacidos*, no por nacer; *vivos ó muertos en la guerra*, no fallecidos. Todo esto se dice en el *pr. Inst. h. t.* Pero de dónde viene este privilegio? *Harprechto*, que ilustró las instituciones con un comentario de cuatro tomos, al *pr. Inst. h. t.* dice que esta cuestion es del número de aquellas que no pueden resolverse. Lindamente sin duda! De donde viene este privilegio es de la *ley Julia y Papia-Popea*, dada el año 772 de la fundacion de Roma, en tiempo de Augusto, por los cónsules sustituidos (*suffectis*) M. Papio Mutilo y Q. Popeo segundo. *Dion. Cas. lib. 26. p. 662.* Porque se ha de observar que los romanos no se ligaban fácilmente, como las demas naciones, al matrimonio; antes lo repugnaban muchísimo, lo mismo que la procreacion de hijos. Y eran tres las causas principales: (a) el deseo de la vida disipada y licenciosa; (b) el lujo de las mujeres romanas, á las cuales apenas podian los maridos sostener con bastante esplendidez; y (c) el honor de la horfandad; pues á los que no tenian mujeres ni hijos, todos los reverenciaban, honraban y regalaban, porque cada uno de ellos esperaba ser su heredero. Sobre este punto hay un elegante y estenso pasaje de Plauto, *in milit. glor. act. III. scen. I. v. 92. y sig.*, donde el viejo Periplectómenes, preguntado por qué no se casaba, responde:

*Verum egone eam ducam domum?*

504 *De las excusas de los tut. y curad.*

*Quae mihi numquam hoc dicat : eme , mi vir , lan-*  
*nam , unde tibi palium ,*

*Malacum et calidum conficiatur , tunicaeque hyber-*  
*nae bonae ,*

*Ne algeas hac hyeme ? Hoc numquam verbuni ex*  
*uxore audias ,*

*Sed priusquam galli cantent , quae me somno suscitet ,*  
*Dicat : da mihi , vir , calendis meam quod matrem*  
*juverit ,*

*Da qui faciat , da qui condiat , da quod dem quin-*  
*quatribus ,*

*Praecantrici , conjectrici , ariolae , atque haurus-*  
*picae ,*

*Flagitium est , si nihil mittetur , quo supercilio spicit .*  
*Tum patritam clementer , non potest , quin munerem ,*  
*Jam pridem quia nihil abstulerit , succenset geraria .*  
*Tum obstretrix expostulavit mecum , parum mis-*  
*sum sibi .*

*Quid nutrici non missurus quidquam , quae vernas*  
*alit ?*

*Haec atque hujus similia alia damna multa mulie-*  
*rum .*

*Me uxore prohibent , mihi quae hujus similes ser-*  
*mones serant .*

Aqui se ve el desmedido lujo que dice Periplec-  
tómenes le arredraba de casarse, por no verse preci-  
sado á sostener en casa una reina de esta especie. Pe-  
ro poco despues, v. 111 , añade tambien otra causa:

*Quando habeo multos cognatos , qui opus mihi sit*  
*liberis ?*

*Nunc bene vivo et fortunate , atque ut velo , atque*  
*animo ut lubet .*

*Mea bona morte cognatis dicam , inter eos partiam ;*

*Ille apud me edunt , me curant , visunt , quid agam ,  
 ecquid velim ,  
 Priusquam lucet , adsunt , rogitant , noctu ut somnum  
 ceperim ;  
 Eos pro liberis habeo , quia mihi mittunt munera ,  
 Sacrificant , dant inde partem mihi majorem quam  
 sibi .  
 Adducunt ad exita , me ad se ad prandium , ad cae-  
 nam vocant ,  
 Ille miserrimum se retur , minimum qui misit mihi ,  
 Illi inter se certant donis : ego hoc mussito mecum :  
 Bona mea inhiant , certatim mittunt dona et mu-  
 nera .*

Por esto se ve con quanto esmero honraban y lisonjeaban los capta-herencias (*haeredipetae*) á los huérfanos y celibatos; lo cual arredraba á muchos de casarse. Advirtiéndolo, pues, Augusto que el número de los ciudadanos iba disminuyendo de día en día por esta propension al celibato, promulgó aquella ley por la que contuvo con varias penas la horfandad y el celibato, mandando, por ejemplo, que los célibes no pudiesen adquirir nada por testamento, y los huérfanos solamente la mitad; y concedió á los cónyuges y á los padres varios privilegios, de los cuales fue uno que los que tuvieran tres hijos en Roma, cuatro en Italia, y cinco en las provincias, estuviesen exentos de todas las cargas públicas, y por tanto tambien de la tutela. La historia, y cada uno de los capítulos de esta célebre ley, los espliqué prolijamente en mi *Comment. ad Legem Juliam et Pap. Popp.*, donde tambien traté de este privilegio en el lib. 2. cap. 8. p. 206. y sig.

## §. CCXC.

*Por privilegio* se excusan (2) los que administran rentas del fisco, ó el patrimonio del príncipe, ó los tribunos y alcabalas, etc. Para que esto se entienda bien, debe observarse que antiguamente habia tres clases de bienes públicos, como todavía sucede en los gobiernos monárquicos: (1) el *erario*, al cual pertenecian todas las cosas que estaban en el dominio de la república, y las que se recojian para su conservacion, como contribuciones, alcabalas, etc. (2) El *fisco*, que era del príncipe como príncipe, y le estaba señalado por la república para sostener su palacio, y á el pertenecian los bienes mostrencos, vacantes y de abintestato. (3) El *patrimonio del príncipe*, que este poseía como privado: v. gr., sus bienes hereditarios, ó los que compra de su bolsillo. Cualquiera, pues, que administra el erario, el fisco, ó el patrimonio del príncipe, goza del privilegio de estar excusado de la tutela. Suele aquí preguntarse, si esta causa es voluntaria ó necesaria? Unos creen que sea necesaria, por cuanto los bienes de estos administradores están empeñados para la república, el fisco, ó el príncipe, de suerte que no puede competir al pupilo hipoteca tácita en dichos bienes, y por consiguiente, dicen, aun cuando quisieran recibir la tutela, no podrian ser admitidos. Pero aunque hoy tiene fuerza esta razon, antiguamente, entre los romanos, esto fue un mero privilegio, una mera excusa voluntaria; porque (a) en el §. 1. *Inst. h. t.* se dice que *pueden excusarse*, que es decir, si quieren: (b) entre los romanos no habia necesi-

dad de aquella tácita hipoteca, puesto que el tutor estaba obligado á dar fianzas, y con estas fianzas quedaba bastante seguro el pupilo.

§. CCXCI.

Tambien se concedia este privilegio (3) á los *ausentes por causa de la república*: por ejemplo, los embajadores del pueblo romano, los majistrados provinciales, los militares. Pero aqui se debe distinguir entre la tutela ya recibida, y la por recibir. De la tutela por recibir se escusan enteramente, no solo mientras están ausentes, sino tambien por espacio de un año despues que han vuelto, que se llama año de vacacion. Pero de la tutela ya recibida solo se escusan mientras están ausentes, y entretanto se nombra un curador en su lugar; pero cuando regresan, vuelven á encargarse de la tutela, á no ser que estén ausentes en ultramar, que entonces deponen la tutela ya recibida. Asi se propone esta doctrina en el §. 2. *Inst. h. t. L. 10. pr. et. §. 2. ff. eod. L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. ff. de minor.* Empero *cesa* este privilegio (1) si concluida su comision están ausentes mas de lo preciso, v. gr., si por gozar y distraerse andan recorriendo varios paises: (2) si con pretextó de estar ausentes por negocios de la república, lo están en realidad por comodidad suya. Porque solian los romanos que tenian asuntos en alguna provincia, pretender una *libre embajada*, y entonces partian con un aparato ó carácter de embajadores, aunque realmente iban por su propia utilidad. Y se revestian de este carácter de embajadores ó legados solo para que los recibiesen con veneracion en todas partes,

### 308 *De las excusas de los tut. y curad.*

como á embajadores del pueblo romano; segun se ve en Ciceron *Epist. famil. lib. XI. ep. 1. lib. XII. ep. 21. et ad Attic. lib. II. ep. 4.* Que semejantes legados no gozaban del privilegio, está claro en la *L. 1. §. 1. ff. 4. L. 5. ff. ex quibus causis maj. 25. annis in integr. rest. L. 6. §. 36. ff. h. t.*

#### §. CCXCII.

Se excusan ademas por este privilegio (4) los *majistrados*, pero no todos, sino *los que lo son con autoridad civil*: esto es, segun la interpretacion de *Aulo. Gel. Noct. Attic. L. XIII. 13.*, los que tienen derecho de prender, como cónsules, pretores, censores, dictadores, prefectos de la ciudad y del pretorio, mas no los ediles, *L. 17. §. 4. ff. h. t.*, y mucho menos los cuestores y demas inferiores á estos, cuya enumeracion se hace en la *L. 2. §. 29. sig. ff. de O. J.* Pero con el tiempo parece que á los *majistrados menores* se les concedió tambien este privilegio, pues que el *duunvirato* de los *municipios* fue excusa en tiempo de *Modestino*, que vivió en el reinado de *Alejandro Severo*, *L. 15. §. 3. ff. h. t. L. 6. §. 16. ff. eod.* Se excusan (5) los *literatos*, retóricos, sofistas, médicos, jurisconsultos, pero no todos, ni siempre; sino tan solo (a) si son profesores: (b) si son de número, esto es, ordinarios: (c) si enseñan en su patria: (d) si son laboriosos, *L. 6. §. 6. sig. h. t. L. 6. C. de prof. et med.*

Pero acerca de estos cinco privilegios, se debe notar la regla jeneral, que *un privilegiado no usa del privilegio contra otro igualmente privilegiado.* Asi, pues, se excusará sin duda un militar, un ca-

tadrático, un administrador del fisco; pero si el pupilo es hijo de militar, no se excusará el militar; si es hijo de catedrático, no se excusará el catedrático; como tampoco se excusará el administrador, si es hijo de otro administrador el pupilo. V. la L. 17. §. 17. ff. h. t.

## §. CCXCIII.

II. *Por impotencia* se excusan todos los que parecen menos idóneos para desempeñar la tutela, si por otra parte son hombres de honradez; porque de otra manera la excusa fuera necesaria, y aunque quisieran, no serian admitidos. Las causas son: (1) *tener á su cargo tres tutelas*. Pero aqui debe observarse (a) que se computan todas las tutelas de una casa, de suerte, que si por ejemplo, el padre desempeña una tutela, y cada uno de sus hijos la suya, esto excusará. (b) Que las tutelas no tanto se deben contar, como pensarse; y asi, una sola que haya demasiado difusa, será bastante á excusar; al paso que no lo serán tres, siendo muy fáciles. (c) Que las tutelas no se cuentan segun el número de los pupilos, sino segun el número de las cuentas que hay que dar. Asi que, si uno tiene á su cargo la tutela de cuatro hermanos, se considera que no tiene á su cargo mas que una, L. 5. Inst. L. 31. §. 4. ff. h. t. (d) Que no hay lugar á esta excusa, si los pupilos están próximos á la pubertad, v. gr., si solo restan seis meses para acabarse la tutela, L. 17. pr. h. t. (e) Que no excusan las tutelas honorarias, esto es, que no tienen anejo á sí ningun cargo de administracion, L. 15. §. 9. ff. h. t. De todo esto se puede coleccionar cuando sobre es-

### 310 De las excusas de los tut. y curad.

te punto se deja al arbitrio del majistrado. Escusa ademas (2) la *pobreza*; pero tal, que si se obligara á uno á tomar la tutela, no le quedase el tiempo necesario para proporcionarse lo indispensable á su subsistencia, §. 5. *Inst. h. t.* Antiguamente esta causa de excusa era voluntaria, pero hoy sin duda es necesaria, pues no acostumbrándose confiar temerariamente la tutela sino al que posee bienes inmuebles, se deja conocer que los pobres no serian hoy admitidos, aunque estuviesen prontos á encargarse de la tutela. Escusa por la misma impotencia (3) *el padecer enfermedad*, con tal que esta no sea de poca consideracion, v. gr., una fiebre lijera, ó un dolor de cabeza, sino habitual, y que postre en cama al hombre, de suerte que ni aun pueda cuidar de sus asuntos, cuanto mas de los ajenos, §. 7. *Inst. h. t.* Notamos de paso que los antiguos llamaron *sontica* esta clase de enfermedad, *Gell. lib. XVI. c. 4. lib. XX. c. 10. lib. II. §. 3. ff. si quis caut. in judic.* Se excusan (4) por impotencia los *idiotas*, por los cuales no se entiende aqui los que no tienen instruccion, sino los que no saben leer ni escribir, porque estos no pueden formar las cuentas. Sin embargo, se los admite (a) si la tutela no es muy difusa, y ellos son prudentes; *L. 6. §. ult. ff. h. t.*; (b) si pueden dar las cuentas por tarjetas ó por otro método sencillo. Tambien se excusan por impotencia (5) los *setuajenarios*, porque esta edad dispensaba tambien de otras cargas públicas; pero se requieren rigurosamente los setenta años, de suerte que faltando para esta edad un solo día, ya no hay lugar á esta excusa, *L. 2. pr. ff. h. t.*

## §. CCXCIV.

Finalmente, por *enemistad* con el padre del pupilo se escusan aquellos que la alegan, §. 9. *et* 11. *Inst. h. t.* Esto pudiera parecer que repugna á la piedad cristiana, pues que en este caso las leyes son indulgentes con hombres á quienes ni aun aplaca la muerte de su enemigo. Pero Vinio nota muy bien en este §. 9. que no es este el sentido del derecho, sino que si se les concede este privilegio, es por no ofender su pudor; pues si se les obligase á tomar la tutela, fácilmente se suscitaría contra ellos la sospecha de que en la administracion de ella se habian de portar sin pureza ni honradez. Pues para que puedan evitar esta siniestra opinion, y defender la reputacion de que gozan, los escusa la ley, si ellos quieren.

## §. CCXCV.

Hemos visto las causas voluntarias de escusarse, que libran del cargo de la tutela siempre que se aleguen: siguen las *necesarias* (§. 288), que aunque no se opongan, impiden tomar la tutela. Lo que hace á los hombres ineptos para desempeñar los negocios ajenos, es causa para que no sean admitidos en la tutela. Tal es (1) el estar *furiosos*, *dementes*, *sordos*, *ciegos*. Porque aunque todos estos, siendo nombrados en testamento, no sean removidos de la tutela, sino que entretanto se dé otro tutor, hasta que cese el impedimento, y aunque esto suceda tambien (2) con los *menores* nombrados en testamento (§. 213); sin embargo, no son admitidos á la

### 312 De las excusas de los tut. y curad.

administracion de la tutela mientras están furiosos, dementes, sordos, ciegos, ó son menores de edad; los cuales no pueden ser tutores por estar ellos mismos sujetos á la direccion de otros, es decir, bajo curaduría. (3) Otra excusa del mismo jénero da la *milicia*; pues los militares, aunque quisieran, no pueden ser tutores, porque no se distraigan de sus banderas con esta clase de negocios; *L. 4. C. qui dar. tut.* Sin embargo, los militares no se excusan de la tutela de los hijos de sus camaradas, por no haber otros á la mano que puedan ser nombrados tutores de tales hijos. Excusa (4) el *tener pleito con el pupilo*, §. 4. *Inst. h. t.*, no solo presente, sino tambien futuro ó próximo, *Nov. 72. cap. 1. 2. 4.*; de manera, que si el nombrado tutor disimulare tener pleito de esta clase, y recibiere la tutela, puede despues ser removido como sospechoso. Excusa (5) el *sacerdocio* y el *monacato*, *Nov. 123*; tanto, que ni aun queriendo son admitidos, á escepcion de los presbíteros y diáconos (no los obispos) que lo son á la tutela lejítima. Se estableció asi, para que los sacerdotes no se distrajesen con estos encargos del culto divino y estudios sagrados, ni los monjes de sus oraciones y demas ejercicios monásticos. Pero en el dia son tambien admitidos los sacerdotes entre los protestantes, siempre que quieran recibir la tutela; y aun están obligados á ser tutores, si se les encarga la tutela de los hijos de un cólega ó clérigo, con tal que posean bienes raices, ó den fianzas. Se excusa tambien (6) el *marido de la curaduría de su mujer menor de edad*, *L. 2. C. qui dari tut. L. 14. C. de cur. furios.*; porque habia peligro de que el marido interpusiese muchas veces su autoridad en una cosa suya, y de que con alhagos persuadiese á su

mujer muchas cosas que pudieran causarle perjuicio.

§. CCXCVI.

Todas las causas de que hasta aqui hemos hecho mencion, son comunes á la tutela y á la curaduría, puesto que de ambas se puede cualquiera excusar por ellas. Pero en especial pertenece á la curaduría el haber uno sido antes tutor de un pupilo, pues entonces no está obligado á ser curador hasta la mayor edad, porque siendo cortas las remuneraciones hechas á los amigos, no es justo hacer sufrir á ninguno dos encargos tan gravosos, *L. 5. C. h. t.* No obstante, hay aqui una excepcion, y es en el liberto; el cual nombrado tutor por el patrono, está obligado á encargarse tambien de la tutela, *L. 5. C. h. t.*: porque era tanto el afecto y veneracion que los antiguos exijian de un liberto, que creian que ninguna carga podia este recibir bastante pesada en reconocimiento á la libertad que debia á su patrono, como que era una cosa inestimable.

§. CCXCVII. CCXCVIII.

Hasta aqui hemos hablado de las causas de excusarse; resta ahora ver el *modo* con que se suelen proponer, acerca de lo cual debe observarse: (1) que antes que se opongan, son tutores los nombrados, y por tanto desde aquel dia hasta el tiempo de la sentencia, á no ser absueltos, todo el peligro recae sobre ellos, *L. 31. ff. h. t. L. 1. C. si tut. vel cur. fals. all.* Porque no pudiendo preverse si las excusas que alegó, serán

### 314 De las excusas de los tut. y curad.

ó no idóneas, está puesto en razon que mientras tanto sean reputados por tutores, hasta que aparezca si sus causas son aprobadas ó desechadas por sentencia. Si, pues, es tenido por tutor, es claro que todo peligro le pertenece á él. Por lo cual será prudente que el mismo tutor nombrado se encargue al instante de la administracion, para evitar que la mala administracion de otro le ocasione daños y perjuicios; pero sin embargo, esponga las causas que tiene para excusarse, y añada la protesta de que si se encarga de la administracion no es con ánimo de sufrir la tutela, sino con la intencion de hacer valer sus excusas.

(2) Observamos que las excusas se oponen como escepciones. De manera, que al modo que (a) se puede usar de muchas escepciones, pero de suerte que (b) se opongan á un mismo tiempo todas despues de la litis-contestacion, L. 5. L. 8. *de excep.*; asi tambien todas las causas de excusa se deben alegar de una vez y á un mismo tiempo; L. 13. §. 8. *h. t.* (3) Al tutor nombrado fuera de Roma se le concede tanto espacio de tiempo, que en cada dia pueda andar veinte millas, debiendo ademas añadirse treinta dias, dentro de los cuales pueda esponer en Roma estas causas, §. 16.

*Inst. h. t.* (4) Observamos por último, que el tutor que piensa excusarse, no debe apelar al juez superior, sino oponer al instante sus causas ante el mismo majistrado que le nombró, §. 16. *Inst. L. 1. §. 2. ff. h. t.*; y esto es muy justo. Porque

(1) no hay lugar á apelacion antes que se reciba gravámen, y no lo causa el majistrado cuando confiere la tutela, sino cuando desecha las justas causas que se alegan para excusarse. (2) Siempre queda todavía salvo el beneficio de la apelacion,

aunque desecharse nuestras justas causas por sentencia ó decreto. Por lo demas, si advierten esto nuestras leyes, es porque sucede de otro modo en las demas cargas públicas, tratándose de las cuales, los gravados sin razon ni justicia pueden desde luego echar mano del beneficio de la apelacion. L. 1. §. 2. ff. cuando ad apell.

§. CCXCIX.....

## TITULO XXVI.

### *De la remocion de los tutores y curadores sospechosos.*

§. CCC.

Este último titulo tiene conexion con el anterior, porque la *remocion* del tutor sospechoso es tambien un modo de acabarse la tutela, lo mismo que las excusas. (§. 262.) A este fin se da una accion singular, llamada *accion del tutor sospechoso*, y asimismo *crimen de tutor sospechoso*, de que se trata en este titulo. De qué manera esta accion se distinga de las otras que nacen de la tutela, ya lo hemos explicado con bastante claridad en el §. 263, diciendo que la accion *suspecti tutoris* se puede entablar en todo tiempo, bien antes de recibirse, ó bien despues de recibida la tutela: la accion *tutelae* solamente acabada ya la tutela, y no dadas aun las cuentas: la accion *de distrahendis rationibus*, dadas ya las cuentas, pero dadas mal. Tratando, pues, de la primer accion, esto es, de la de tutor sospechoso, veremos, (1) qué cosa sea tutor sospechoso y crimen

516 *De la rem. de los tut. y curad. sosp.*

de sospechoso? §. 301. sig. (2) Quiénes entablan esta accion? §. 303. sig. (3) Contra quiénes puede entablarse? §. 305. (4) Para qué se entabla? §. 306. 307; y (5) cómo cesa esta accion? §. 308.

§. CCCI. CCCII.

1. Se pregunta: qué tutores se llaman sospechosos? Qué es crimen de sospechoso? *Sospechosos* se llaman todos los tutores que *no administran con fidelidad* la tutela, ya sea por fraude, ya por culpa, ya tengan con que pagar, ya no tengan, §. 5. *Inst. h. t.* Porque al modo que la pobreza sola á nadie hace sospechoso, si por otra parte el sugeto es hombre de bien y diligente, asi tampoco las riquezas quitan la sospecha. Pudiera alguno pensar que un tutor rico no es sospechoso, porque aun cuando ponga poco cuidado en la administracion de la tutela, y cause daños al pupilo, puede sin embargo resarcirles fácilmente. Pero los juriscultos racionan de otro modo, á saber: *que es mas útil conservar desde un principio intactos los derechos, que buscar remedio despues de causado el daño*, segun se dice con elegancia en la *L. ult. C. in quibus causs. rest. in integr. non est neg.* De aqui es fácil inferir, que cosa sea *crimen de sospechoso*: es la acusacion cuasi pública del tutor ó curador que no administra con fidelidad, para la remocion, y á veces para imponer una pena extraordinaria, en caso de ser tan notable la malicia del tutor que se considere deber castigarse con pena *corporis afflictiva*, ó suplicio capital, v. gr.; *si armare asechanzas á la vida del pupilo*; de lo cual se ve un ejemplo en Sueton. *Galb. c. 9.* Esta acusacion de los tutores sospechosos se deriva de las le-

yes de las XII tablas, L. 1. §. 2. ff. h. t. Justinian. pr. Inst. h. t. Véase Jac. Godofred. Tab. VII., que cree que la ley decemviral estuviese concebida en estos términos: *si tutor dolo malo gerat, vituperato, quandoque finita tutela escit, furtum duplione luito*; de cuya primera parte dice se deriva el crimen de sospechoso, asi como de la segunda la accion de *distrahendis rationibus*.

## §. CCCIII. CCCIV.

2. Ahora ya resolveremos fácilmente esta otra cuestion: quién puede acusar al tutor sospechoso? Siendo esta acusacion cuasi pública, segun hemos visto en la definicion, deberá ser permitido á cualquiera entablar la acusacion de que se trata; pues no se dice cuasi pública en la L. 1. §. 6. ff. h. t., porque se trate aqui del orden y disciplina pública (puesto que la malicia de un tutor, no tanto daña á la seguridad pública, como á la hacienda del pupilo, y por lo mismo pertenece á las causas privadas), ni tampoco tiene este nombre, porque con motivo del crimen de sospechoso se iustituya un juicio público y criminal (puesto que esta acusacion se entabla ante el pretor, el cual no gozaba de mero imperio, si solamente de jurisdiccion civil); sino que si se la llama cuasi pública, es porque cualquiera del pueblo, aunque parezca no importar-le, podia muy bien instituir esta acusacion, §. 3. Inst. h. t. Y por eso no se dice que sea verdaderamente pública, sino *cuasi pública*, asi como en nuestro derecho hay *cuasi contratos*, *cuasi delitos*, *cuasi posesiones*, *cuasi tradiciones*, cuyas locuciones manifestamos en nuestros *Elementos* (no-

ta al §. 303.) venir todas de los estóicos, que usaban con frecuencia de la partícula *quasi*. Por consiguiente, pueden acusar al tutor sospechoso todos, aun aquellos que no tienen interes inmediato, por considerarse que importa á la república que los bienes del pupilo no sean perjudicados; y asi tambien á las mujeres es permitido acusar, aunque jeneralmente no puedan demandar por otros, ni acusar, segun la L. 2. *ff. de R. J.*, y la L. 1. L. 2. *de accus.* Pero el favor del pupilo vence esta regla, con tal que la mujer acusadora no traspase el pudor del sexo, §. 3. *Inst. h. t.* Y debe observarse, que ciertas personas están obligadas á acusar á los tutores sospechosos, tanto que si no lo hacen, se las considera dignas de castigo. Tales son los *cotutores*; los cuales, si no acusan al tutor que administra mal, sufren todo el daño, L. 3. *pr. h. t.*; los *libertos*, á quienes la veneracion á su patrono debia escitar á que no permitiesen que el tutor se enriqueciese á costa de los bienes de los hijos del patrono, L. 3. §. 1. *cod.*; y las personas allegadas, especialmente la *madre*. Siu embargo, no puede acusar el mismo pupilo, porque los impúberes no pueden presentarse en juicio, ni acusar por sí ni por otros, ni aun pueden los púberes, siendo menores de diezisiete años, L. 1. §. 3. *ff. de postul.* Mas si han cumplido esta edad, entonces pueden muy bien acusar á los curadores, con tal que lo hagan con el consejo de sus parientes, L. 7. *pr. ff.* § 4. *Inst. h. t.* Finalmente, tambien el *majistrado* puede inquirir de oficio contra los tutores sospechosos, aunque nadie acuse: lo cual solo se verifica en este caso singular; pues entre los romanos si el majistrado inquiria á veces de oficio, esto era contra los delitos

y crimines públicos, no en utilidad de un particular, L. 3. §. 4. *ff. de offic. praesid.*

§. CCCV.

Hemos visto quienes pueden acusar á los sospechosos: vamos ahora á esplicar, quiénes pueden ser acusados? (3) Segun la definicion del §. 301., respondemos que pueden serlo todos los que no desempeñan con fidelidad la tutela, bien sean testamentarios, lejítimos ó dativos. Ni importa que el sospechoso ofrezca fianzas, por la razon alegada arriba, (§. 301.) de que es mejor conservar íntegros los derechos desde un principio, que buscar el remedio despues de causado el mal, L. 5. L. 6. *ff. h. t.* No obstante, aunque esto sea cierto, sin embargo, los tutores lejítimos no son fácilmente removidos; porque siendo próximos agnados ó cognados de los pupilos, y recayendo sobre los removidos la nota de infamia, esta nota redundaría entonces en cierto modo contra el mismo pupilo, v. gr., si se declarase infame á su madre, ó tio paterno, ú otro próximo agnado. Por eso se suele tener consideracion á la sangre, y no se remueve fácilmente al tutor lejítimo, sino que se le junta un curador que administre la tutela, L. 9. *ff. h. t.* De esta manera sucede que el tutor no puede á su antojo usurpar los bienes del pupilo, y sin embargo conserva íntegra su fama y estimacion.

§. CCCVI. CCCVII.

Dejamos tambien visto contra quien se entabla esta acusacion. Ahora toca decir, (4) para qué se entabla? Atendiendo á nuestra definicion

**520 De la rem. de los tut. y curad. sosp.**

(§. 301.), respondemos que ordinariamente se entabla para la remocion, y estraordinariamente para un castigo estraordinario, á saber, cuando la malicia del tutor aparece criminal. Hablemos de ambos casos. Se da (a) *ordinariamente* para la remocion, y se observa este órden: (aa) al instante que se entabla esta acusacion, se separa de la administracion al tutor, que es lo que los pragmáticos llaman *suspension*. Luego no se le *remueve* incontinenti (pues esta es la pena, por la cual no debe empezarse), sino que se le *suspende*, esto es, se le priva de la administracion, para que mientras se sigue el pleito no usurpe mas los bienes del pupilo, §. 7. *Inst. h. t.* Despues (bb) sigue el conocimiento de la causa, por el cual aparece, ó que el tutor no se ha portado mal, en cuyo caso se levanta la suspensiuon ó entredicho, y el tutor es absuelto, quedándole salvo el regreso contra el que le acusó calumniosamente: ó que no ha obrado con fidelidad, y entonces es enteramente removido, ó con infamia, ó sin ella: *con infamia*, si es condenado por dolo ó culpa lata, §. 6. *Inst. L. últ. C. L. 7. §. 2. ff. h. t.*; pues la culpa lata en estos casos siempre se tiene por dolo, L. 226. *ff. de V. S.*; lo mismo que en las causas famosas, L. 11. §. *ult. ff. de his qui not. infam.*, y en esta causa, *d. L. 7. §. 1. ff. h. t.*; *sin infamia*, si solo es removido por culpa leve, L. 3. §. *ult. ff. h. t.* A veces no se descubre en el tutor ni dolo ni culpa, sino contumacia; y entonces no es removido ni notado de infame, sino que el pupilo es puesto en posesion de sus bienes; v. gr., si no señala alimentos al pupilo, L. 13. §. 14. L. 7. §. 1. *ff. h. t.* Este es el modo ordinario de proceder. Algunas veces (b) *estraordina-*

riamente es castigado el tutor si aparece que usó de malicia muy vituperable, por ejemplo: si el tutor fuere liberto, y sin embargo no desempeñare con fidelidad la tutela, pues agrava su delito la ingratitude con su patrono. Otro tanto sucede, si, v. gr., aparece que el tutor armó asechanzas á la vida del pupilo, de lo cual hemos dicho que se lee un ejemplo en Sueton. *Galb. c. 9*. Por lo demas en todos estos casos se dice que el pretor debe remitir al tutor al prefecto de la ciudad para que lo castigue, L. 1. §. *ult. ff.* y §. 10. 11. *Inst. h. t.* La razón es clara; porque no ejerciendo el pretor mas que la jurisdiccion civil, y no el mero imperio que pertenecia al prefecto de la ciudad, L. 1. *ff. de offic. praef. urbs.*, era consiguiente que el tutor fuese remitido por el pretor al prefecto de la ciudad, que era el único que podia castigar á los facinerosos. Esto en cuanto al modo de proceder.

De paso notaremos que lo que dijimos de la suspension, tambien tiene lugar en otras causas. Pues siempre que se entabla acusacion criminal contra uno que desempeña un oficio público, especialmente eclesiástico, se suele incontinenti suspenderle del oficio, hasta tanto que demuestre su inocencia; porque parecia escandaloso que, v. gr., un ministro del altar se mezclase en las cosas sagradas mientras se estuviera inquiriendo contra él por adulterio ú otro delito de esta clase. Digo que al momento se le suspende del oficio; pues hay dos clases de suspension, ó *del oficio*, cuando uno retiene el sueldo, pero está prohibido de desempeñar el oficio; ó *del beneficio*, si entre tanto es tambien privado del salario. Aquella tiene lugar por entablarse acusacion ó inquisicion, y de consiguiente por la sola sospecha de delito; pero esta se impone en castigo, si el

delito no está tan probado, que uno no pueda ser enteramente privado del oficio público.

§. CCCVIII.

Sigue (5) la cuestion, de cuándo cesa ó acaba la acusacion? Pues siendo infamatoria, se restringe en cierto modo, y cesa enteramente en algunos casos. Asi es que espira (1) *por la muerte del reo*, con tal que aun no esté pronunciada la sentencia, §. 8. *Inst. h. t. L. pen ff. h. t.* La razon es, porque este juicio se da para la remocion con infamia; y de consiguiente para una pena; y un muerto no puede ser removido, ni infamado, ni castigado. Pudiera alguno pensar que importa al pupilo que se le resarza el daño causado por el tutor muerto. Pero se responde, que puede pedir su restitution por la accion *tutelae* que en el §. 284 y sig. manifestamos darse subsidiariamente contra los herederos del tutor, contra sus fiadores, y los herederos de estos. Luego bastante se ha atendido á los intereses del pupilo, para que no sea necesario continuar tambien la acusacion contra un muerto. (2) *Acabada la tutela antes de la sentencia*: porque, cómo puede ser removido con infamia de la tutela uno que ya dejó ser tutor? *L. pen. ff. L. I. C. §. 8. Inst. h. t.* Sin embargo, no por eso se prohíbe al pupilo el que acabada la tutela, entable contra este hombre la accion *tutelae*, para que resarza todos los daños causados por dolo ó por culpa, aunque sea leve; pues en el §. 263 queda ya bastante explicado que esta accion compete despues de concluida la tutela.

§. CCCIX....



## LIBRO SEGUNDO.

### TITULO PRIMERO.

*De la division de las cosas, y modo de adquirir su dominio.*

#### §. CCCX. CCCXI. CCCXII.

CONCLUIDO el primer objeto de la jurisprudencia, en el cual se han considerado los *derechos de las personas*, sígnese el segundo, que trata de los *derechos de las cosas*; pero antes averiguaremos qué entendían los jurisconsultos romanos por *cosa*, esponiendo sus varias divisiones.

Los jurisconsultos distinguen las palabras *cosa* y *bienes*, tomando aquella la mente, y esta en un sentido mas estricto. Se llaman *cosas* todas las que existen y pueden prestar al hombre alguna utilidad, ya esten en su patrimonio, ó fuera de él. Asi, por ejemplo, el agua, el aire, el mar son cosas, aunque no están en el patrimonio de nadie. Al contrario, las que forman nuestro patrimonio se llaman *bienes* (en latin *pecunia*), L. 5. *pr. ff. de V. S.*; de suerte, que en esta palabra no solo comprendian los jurisconsultos el dinero, sino todo lo que compone el caudal del hombre, como siervos, rebaños, campos, prédios. Asi, en las XII tablas se decia *paterfamilias uti legasset super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*:

(téngase por ley lo que disponga el padre de familia acerca de sus bienes, ó la tutela de sus hijos.) Y San Agustín, de doctrina cristiana, c. 6. p. 585. tom. 6. opp. dice: *quidquid homines possident, quorum domini sunt, pecunia vocatur, servus sit, vas, ager, arbor, pecus; quidquid horum est, pecunia vocatur.* La razon de esta denominacion jurídica, es porque la mayor parte de las riquezas de los antiguos consistian en rebaños y bestias de carga; derivándose de la voz latina *pecudes* muchos vocablos que significan riqueza, como *pecunia, peculium, peculatus.*

### §. CCCXIII.

Ahora se entenderá fácilmente la primera division de las cosas. Unas son de *derecho divino*, y otras de *derecho humano*. Porque aunque aquellas no están en el patrimonio de nadie, sin embargo, como existen y sirven de utilidad á los hombres, se llaman *cosas*, no bienes. Las cosas de *derecho divino* son las que, por decirlo así, se han preservado del dominio de los hombres, y atribuido y dedicado á Dios. Así lo entendieron los jentiles y los cristianos en tiempo de Justiniano, como si Dios no fuese señor de todas las cosas. Las de *derecho humano* son las que están en el dominio y comercio de los hombres, como campos, prédios, animales, etc. Las cosas de *derecho divino* se subdividen en *sagradas, religiosas y santas*. Pero siendo *cosas santas*, como despues veremos, los muros y las puertas de las ciudades, quién dirá que no estaban en el dominio de la república? Sin embargo, como estaban dedicadas á los dioses y á los héroes, se decia que *en cierto modo* eran de derecho divino. Cualquiera advertirá en las siguien-

tes definiciones que estas primeras divisiones se resienten de la supersticion pagana: no obstante, las conservó Justiniano, emperador cristiano, lo que prueba que ya en aquel tiempo, á saber, en el siglo VI, empezaban los cristianos á adoptar muchas cosas del paganismo; como lo demostró con multitud de argumentos Kaestnero, jurisconsulto de Rintlen, en su elegante disertacion de *jurisprudencia paganizante*.

### §. CCCXIV.

Vamos á tratar de cada uno de los miembros de la division anterior. Llamaban *sagradas* las cosas consagradas públicamente por los pontífices ó el príncipe á los dioses superiores, §. 9. *Inst. L. 6. §. 3. L. 9. §. 3. pr. seg. ff. h. t.* Para esto se requería: 1) la *consagracion*, que se hacia con los muchos ritos y ceremonias que hemos descrito en las *Ant. Rom. h. t.*; pues los romanos creian que los dioses habitaban verdaderamente en sus templos, y así los llamaban con varios ritos y sacrificios, y en cierta manera los encerraban en ellos: 2) que la consagracion se hiciese *públicamente*. Porque todas las naciones antiguas cuidaban sobremanera que no se introdujesen en la ciudad las cosas sagradas de los extranjeros, lo que fácilmente podria suceder si á cada particular se le permitiese hacerlo por sí. En Cornelio Nepote, *vit. Alcibiad.*, se ve que los atenienses cargaron de maldiciones á Alcibiades, y le desterraron, porque se decia que hacia misterios, esto es, que establecia á su arbitrio algunas cosas sagradas. Los mismos dieron á Sócrates á beber cicuta por haber sido acusado que no tenia los dioses que la ciudad, sino otros, como refiere *Diog. Laerc.* Y entre los romanos se

observó lo mismo con el mayor rigor, como lo manifiesta el ejemplo de los sacrificios bacanales, que introducidos privadamente, llevaron al suplicio á millares de personas, Liv. lib. 38. c. 8. seq., y Corn. van Bynkershoeck en el opúsculo *de religione peregrina*. Por tanto, las cosas sagradas se debian consagrar públicamente, esto es, con autoridad pública; pues aunque los romanos tenian privadamente en sus casas los dioses Penates y Lares, á los que dedicaban dentro de sus mismos edificios aras, simulacros, hogueras, sacrificios; sin embargo, no se constituian con autoridad privada, sino con la de los pontífices: así, una cosa consagrada privadamente era profana, y no sagrada, L. 6. §. 3. h. t.:

3) la consagracion debia hacerse por los *pontífices*, ó por el *príncipe*, quien entre los romanos era pontífice máximo. Los emperadores retuvieron esta dignidad para dirigir mas fácilmente las cosas sagradas á su utilidad, y contener al pueblo con el auxilio de la religion en los límites de sus deberes; y he aqui la razon porque los emperadores cristianos, como Constantino el Grande, Graciano y otros añadieron este título á sus nombres. Sobre este asunto versan las diatribas de *Jac. Gothofr.*, y *Joh. And. Bosii de pontificatu maximo imperatorum christianorum*, cuya obra está inclusa en el Tesauro de Ant. Rom. de *Grevio*. 4) por último, las cosas sagradas se debian consagrar á los *dioses mayores*, ó celestes, Jove, Mercurio, Vénus, Juno, etc. Las *santas* se acostumbraban consagrar á los menores, es decir, héroes y jénios; y las *religiosas*, á los dioses manes ó infernales.

## §. CCCXV.

Vistas las definiciones de las cosas sagradas, síguese el tratar de los derechos de las mismas. Infiere los juriconsultos, 1) que las cosas sagradas no pertenecen á nadie, L. 1. *pr. L. 6. §. 2. h. t.*; pues por la consagracion se eximian las cosas del dominio de los hombres, y se atribuian á Dios como en propiedad. Por esto fue singular la estratajema de P. Clodio, turbulento tribuno de la plebe, que dió una ley para que se consagrara á Minerva la casa de Ciceron, que estaba desterrado, con lo que lograba que de ningun modo pudiese este recuperarla, porque salia del dominio de todos los hombres, y era ocupada por la religion. Véase á Cic. *orat. pro domo*. 2) Las cosas sagradas no tienen estimacion, ni pueden obligarse, ni enajenarse, L. 9. §. 5. *ff. h. t.*; porque no puede estimarse lo que no está en el comercio, como el aire, aunque muy saludable á los hombres; y lo que no recibe estimacion, no puede hipotecarse, venderse, ni enajenarse por ningun otro título, como el mismo ejemplo del aire lo manifiesta. 3) Los lugares permanecen sagrados, aun destruidos los edificios, L. 6. §. *ff. eod.*, de que hay ejemplo en Plinio, L. 10. *ep. 76*. La razon era porque se creia que la religion ocupaba el mismo lugar y la area; sin embargo, se esceptuaban dos casos: (a) si la ciudad era tomada por los enemigos; pues entonces se persuadian los antiguos que los dioses salian de la ciudad antes que esta pereciese: (b) si fuesen invocados los dioses para que dejasen sus lugares, L. 9. §. 2. *ff. h. t.*, lo que solian hacer los enemigos cuando sitiaban una ciudad, y tambien los que disponian á Dios un nuevo templo

que ya otro Dios habia ocupado. En Macob. Saturn. L. 3. c. 8., y Jac. Raevard. in Conjectan. L. 2. c. 17, se hallan muchas noticias acerca de los ritos supersticiosos con que se hacia la invocacion. Mas los emperadores cristianos moderaron el rigor que en este punto habia establecido el derecho romano, concediendo que pudiesen enajenarse las cosas sagradas para redimir los cautivos que se hallasen en poder de los bárbaros, §. 8. *Inst. h. t. Nov. CXX. c. 9.*; para alimentar á los pobres en tiempo de miseria pública, L. 25. c. de *S. S. Eccl.*, y para pagar las deudas de la iglesia, *Nov. CXX. c. 10.*

### §. CCCXVI.

Llegamos á las *cosas religiosas*, las cuales no eran mas que los sepulcros dedicados á los dioses manes. Habia grande diferencia entre ellas y las *sagradas*; pues estas se hacian con autoridad pública, aquellas por el hecho privado de cualquiera, á saber: con echar un cadáver en terreno propio. Estas se consagraban, aquellas sin consagrarse se decia que las ocupaba la religion. Estas eran dedicadas á los dioses superiores, aquellas á los dioses manes ó infernales. Se requería, pues, 1) la colocacion del cadáver humano, libre ó siervo: 2) que fuese el terreno propio. Asi, si uno sepultaba un cadáver en sitio ajeno ó público, no se hacia religioso, y el cadáver debia desenterrarse, L. 2. §. 4. *ff. h. t.*: 3) que el lugar fuese *puro*, esto es, que no le hubiese ocupado ya la religion con otro cadáver; pues donde reposaba uno, no podia hacerse el lugar religioso siéndolo antes.

## §. CCCXVII.

Con esta definicion se entenderán fácilmente los derechos de los lugares relijiosos, colijiendo de ella los jurisconsultos, 1) que el cenotafio no es lugar relijioso, L. 42. ff. de religios. funct. L. 6. §. ult. ff. h. t.; porque es un sepulcro de honor, vacío de cadáver, como el de Druso, que ha parecido en Maguncia, y el de Cayo y Lucio Césares, en Pisa; y el lugar se hace relijioso por la introduccion del cadáver. (§. 296.) Y si bien eran de contrario parecer los jurisconsultos antiguos, apoyados en la autoridad de Virjilio, lib. 6. *Æneid. v.* 150., se decidió el punto por rescripto de los emperadores Antonino el Filósofo, y L. Vero, que suelen llamarse en nuestro derecho *Divi fratres*, L. 7. ff. h. t. 2) Los sepulcros están exentos del comercio de los hombres; L. 12. ff. de relig. L. 14. C. de legat.; pues estaban consagrados á los dioses manes. Alguno objetará que los sepulcros podian ser legados, venderse, L. 14. C. de leg., y aun eran familiares y hereditarios, y por tanto estaban en patrimonio de las familias, L. 5. L. 6. ff. de religios. Pero respondo, que debe distinguirse entre el derecho de sepultar, y el sepulcro mismo. Aquel entraba en los bienes, y así podia legarse, venderse, y quedar en la familia, ó pasar á los herederos; el sepulcro no estaba en dominio de ninguno, y de tal modo se creia que le ocupaba la relijion, que hasta ciertos pasos de distancia no podia sembrarse sin cultivarse el campo. Véanse nuestras *Ant. Rom. h. t.* 3) Es ocupado el lugar por la relijion, con tal que esté sepultada allí la cabeza, como principal parte del hombre, L. 44. ff. de relig. Y así, si hecho pedazos el cadáver fue-

550 *De la div. de las cosas, y modo, etc.*

se enterrado en varios parajes, no todos serian sagrados, sino aquel en donde residiese la cabeza. La razon que se da, es que por la cabeza se conoce el hombre, y se distingue de los demas; pero tambien esto huele á supersticion, y debió haberse omitido por los cristianos en el cuerpo del derecho.

§. CCCXVIII. CCCXIX.

Venimos á las *cosas santas*, que se toman en dos sentidos. O se llaman así de *sanciendo* ó *sanctione*, ya porque están acompañadas de sancion penal, L. 8. *pr. h. t.*, y se juzga dignos de castigo á los que las violan, ya porque están dedicadas á los jennios, héroes, ó dioses menores, Rómulo, Hércules, y otros hombres que eran contados entre los dioses, Cuper. *Observat.* 3. 16. En el primer sentido eran santos, ó por mejor decir, sacrosantos los tribunos de la plebe, porque nadie podia ponerles las manos, ni injuriarlos, Liv. 1. 2. c. 32., tanto que el que les hacia la mas leve injuria corria riesgo de perder la cabeza. En el último sentido eran santas las fortificaciones y murallas, las que acostumbraban á circundar con un arado, como arriba hemos dicho, y no era permitido repararlas, ni edificar en ellas sin consentimiento del príncipe, L. 9. §. 4. *ff. h. t.* Las cosas dedicadas á los dioses no estaban al arbitrio de los particulares, y todas las obras debian hacerse en ellas por mandado de los pontífices ó del príncipe, como pontífice máximo. Pero los muros eran ademas santos en el primer sentido, gozando de sancion penal, tanto que el que las violaba, pasaba, ó se atrevia á hacer otra cosa en ellos, era condenado á muerte. Trae oríjen este

derecho de la *L. ult. ff. h. t.* : constando que Rómulo mató á su hermano Remo, porque este habia saltado la estrecha trinchera que cercaba á Roma, moviéndose de ella; de cuya maldad trató Flor. 1. 1. c. 1. Asi que, Remo fue la primer víctima que consagró con su sangre las fortificaciones de la nueva ciudad, esto es, el primero que sufrió la pena capital por haber violado los muros de Roma, y dió ocasion para que aquellos se hiciesen santos, y se publicase la ley que condenaba á muerte á los que la infringiesen. Al matarle Rómulo pronunció estas palabras: *sic deinde, quicumque transiliet moenia mea*; asi morirá en adelante todo el que salte mis murallas, como refiere Livio 1. 7. Desde este tiempo se hicieron tan santas é inviolables las murallas, que hasta las yerbas que nacian en sus esplanadas representaban la santidad é inviolabilidad, L. 8. §. 5. *ff. h. t.*, y como tales las llevaban, igualmente que la herbena, los legados ó feciales que se enviaban á los enemigos, Liv. 1. 1. c. 24. Debe advertirse ademas que esta santidad no era solo propia de las fortificaciones romanas, sino tambien de las de otros municipios; de suerte que peligraba la vida del que las violaba, L. 8. §. 2. *ff. h. t.*, asi como la del que saltaba las líneas de circunvalacion de los reales ó campamentos, ó los violaba de otro modo, L. 3. 17. *ff. h. t.*

§. CCCXX. CCCXXI. CCCXXII.

Hemos visto el derecho romano acerca de las cosas sagradas, relijiosas y santas, revestido de la supersticion. No obstante, no dudaron los cristianos en conservar gran parte de aquellos derechos, lo que es de admirar; y por eso se hallan referidos por

552 *De la div. de las cosas, y modo, etc.*

Justiniano en el cuerpo del derecho, aunque profesaba la relijion cristiana. En efecto, cuando Constantino el Grande abrazó la relijion cristiana, comenzó á levantar magníficos templos, y á consagrarlos con muchas ceremonias; cuya costumbre conservaron sus sucesores, y en el siglo VI el mismo Justiniano, que consagró del mismo modo el templo de Santa Sofia en Constantinopla.

1) Tambien hoy dia hay *cosas sagradas*, como templos, vasos sagrados, etc., los cuales entre los católicos romanos se llaman asi por la consagracion, y entre los protestantes por el destino y uso que tienen, que es celebrar el culto divino. 2) Se distinguen de ellas las *cosas eclesiásticas* que no sirven al culto divino inmediata, sino mediatamente, como el erario eclesiástico, los campos, los prédios pertenecientes á iglesias ó monasterios. Porque aunque con ellos no veneramos á Dios inmediatamente, sin embargo, como rediven para pagar el salario á los ministros de la iglesia, se consideran destinados mediatamente al servicio de Dios. Por esto se enajenan con facilidad, ó como dicen los canonistas, se secularizan, (1) si conviene á la iglesia, L. 14. §. 5. L. 17. §. 1. *C. de S. S. eccles.*; (2) si media decreto del obispo, ó entre nosotros del sumo imperante ó majistrado. Pero considerándose los cuerpos piadosos, iglesias, hospitales de huérfanos, de peregrinas como menores, por estar constituidos bajo el cuidado y administracion perpétua de otros, no pueden enajenarse sus bienes raices sin conocimiento de causa, y decreto de sus superiores, porque tambien se requiere lo mismo en los bienes raices de los pupilos y menores, L. 1. §. 2. *ff. de rebus eor., qui sub tut. vel cur. sunt non alien.* 3) Los católicos romanos reputan los sepulcros y cementerios por re-

lijiosos, porque se rocían con agua bendita, *Lancelot. Inst. Jur. can. L. 2. tit. 17.*; pero los protestantes, que se apartan de este rito; no los tienen por religiosos, sino por *santos*, esto es, inviolables, y así castigan al que se atreve á desenterrar los cuerpos, despojarlos, ó afearlos. 4) Entre nosotros son muchas las cosas *santas*, es decir, acompañadas de sancion penal; no permitiendo se violen de ningún modo los templos, tribunales, edificios públicos, cementerios, las calzadas, caminos públicos, etc., y los muros en cuanto no sufrimos que se violen. No obstante, están en el dominio de la república, 4. *feud. 56.* Al paso debe advertirse, que semejante á aquel derecho romano existe uno en los palacios de los príncipes, que bárbara é impropia-mente llaman *residencias*; habiéndose establecido en todas partes que si alguno saca allí la espada, ó da á otro una bofetada, ó salta la barrera ó trinche-  
ra, pierde la cabeza ó la mano; lo cual llaman *pacem castrí*. Véase la elegante disertacion de Stryckio, *de sanctitate residentiarum principum*.

### §. CCCXXIII. CCCXXIV.

Hasta aquí las cosas de *derecho divino*. Siguen las de *derecho humano*, que suelen dividirse en *comunes*, *públicas*, *propias de un pueblo ó corporacion*, ó de *personas particulares*. *L. 2. pr. ff. h. t.* Para entender bien esta division, debe tenerse presente que proviene de la filosofía estóica, á la que se dedicaban mucho los jurisconsultos romanos. Es de saber que los estóicos finjian que habia tres repúblicas; una *máxima ó muy grande*, de todo el jénero humano, en la que gobernaban los dioses in-mortales; otra *grande* de cada una de las naciones, en la

554 *De la div. de las cosas, y modo, etc.*

que dominaban los reyes y príncipes; y la tercera *pequeña*, la que se observa en los municipios, ciudades, colejos, pues aun las mas pequeñas corporaciones presentan la imájen de las grandes sociedades. Como no puede concebirse una república sin bienes ó cosas constituidas en su dominio, cada una de ellas tiene sus cosas ó bienes propios. Los de aquella muy grande república del jénero humano se llaman *cosas comunes*, como son todas las de un uso inagotable, v. gr., el aire, el agua que corre, el mar, etc. Los bienes de toda una nacion se llamaban *cosas públicas*, á saber: los puertos, rios, etc. Y por último, los de las pequeñas repúblicas ó colejos se denominaban *cosas de universidad ó de corporacion*, cuales eran los palacios, teatros, baños, etc.: de este principio de los estóicos trató eruditamente Gerh. Noodt. *Probab.* 1. 8.

§. CCCXXV. CCCXXVI.

Veamos las definiciones de todas estas cosas. 1) Las *cosas comunes* son las que en cuanto á la propiedad no son de nadie, y por lo que hace al uso de todos los hombres; y segun los principios de los estóicos, no están en el patrimonio de ningun particular, sino de todo el jénero humano, como el aire, el agua que corre, el mar, su costa: *L.* 2. §. 1. *ff. h. t.* §. 1. *Inst. h. t.* Asi los jurisconsultos romanos. Pero en cuanto al mar y sus costas no está tan claro, y disputan acerca de su imperio y dominio los eruditos, como Juan Seldeno, Hugo Grocio, Juan Baptista Burgo, Cornelio van Bynkershoek, Jacobo Gothofredo y otros cuyos tratados tenemos. Sin embargo, puede disolverse la dificultad, distin-

guiendo (1) entre océano y mar. Sobre aquel no se tiene imperio ni dominio, porque no puede poseerse ni retenerse. (2) Entre imperio y dominio. En vano nos apropiáramos el dominio del mar contiguo á nuestras costas; pero nada hay que impida que ejerzamos imperio en el mar, como accesorio de la tierra, prescribamos leyes á los navegantes, exijamos tributos, condenemos al suplicio á los piratas, etc.; lo que todas las naciones acostumbran hacer. 2) *Cosas públicas* son las que en propiedad pertenecen al pueblo, y en el uso á cada uno de sus habitantes, como los rios, los puertos, las riberas, etc. *L. 3. pr. ff. h. t.* Pero debe observarse que no dejan de ser cosas públicas si se niega el uso á los habitantes y se concede solamente al príncipe ó sumo imperante; bastando que el pueblo retenga el dominio, aunque permita el uso á aquel, porque cada uno puede renunciar el derecho introducido en su favor. Asi hoy en la mayor parte de las naciones la pesca no pertenece á la sociedad, sino á los príncipes ó á aquellos á quienes el sumo imperante ó el pueblo concede este derecho por fendo ó privilejio; y no obstante se llama propiamente cosa pública. 3) *Las cosas de universidad ó de corporacion* son las que en la propiedad pertenecen á la corporacion, y en cuanto al uso á cada uno de sus miembros, como los teatros, los gimnasios, palacios, etc. *L. 6. §. 1. ff. h. t.* Decimos que el uso es de cada uno de los individuos de la asociacion; y por tanto se puede usar de ellas sin temor de pena, no estando prohibido.

## §. CCCXXVII.

De aqui se infiere fácilmente en qué se diferencian las *cosas universitatis* ó de *corporacion*, y las *cosas patrimoniales* ó el *patrimonio* de la misma. Convienen en que unas y otras son bienes de la *corporacion*; pero se diferencian en que las primeras las disfrutan cada uno de los individuos, y las segundas no. Asi, por ejemplo, en Roma los baños públicos que se construian á espensas del pueblo, y de los que aun existen magníficos y suntuosísimos despojos, eran cosas *universitatis*; pues aunque el dominio permanecia en toda la ciudad, usaba de ellos cada uno de los ciudadanos, pudiendo bañarse por placer y por salud. Al contrario, la ciudad de Nuremberga posee un gran territorio dividido en muchas preturas y propreturas, y es *patrimonio* de la ciudad; porque sus habitantes no pueden usar de aquel vastísimo campo, ni cojer sus frutos, ó cobrar sus réditos, sino que la ciudad tiene el dominio y el uso de sus tierras.

## §. CCCXXVIII....

## §. CCCXXIX.

Solo resta un miembro de la division de arriba. Hemos dicho que las cosas son comunes, ó públicas, ó de *corporacion*, ó de los particulares. De las tres primeras hemos hablado ya: cuáles, pues, son las cosas privadas ó de particulares? Las que *están en el patrimonio* de cada uno ya verdaderamente (si realmente y en la actualidad tuvieren señor);

por ejemplo, las casas, los prados, huertos, que tienen sus dueños comunmente, y por tanto están en el patrimonio de los particulares, ó ya por ficción, siempre que finje el derecho que las cosas están en dominio, aunque no tengan dueño. Así la herencia yacente verdaderamente y en el momento no tiene dueño; pues habiendo espirado el testador, con su muerte concluyó el dominio, y el instituido heredero no es señor hasta que adquiera la herencia por la tradición. Luego la herencia yacente no tiene dueño, *L. 1. pr. ff. h. t.*; y sin embargo, las leyes finjen que el difunto conserva la herencia, esto es, que es señor de ella, aunque haya dejado de serlo, *pr. Inst. de stip. ser.*; de suerte que es cosa privada y puesta en patrimonio particular por medio de una ficción. De aquí procede que el que quita alguna cosa de la herencia no es ladrón propiamente, porque no roba *cosa ajena sin voluntad de su dueño*, siendo así que no lo tiene; no obstante, como se finje que la herencia representa la persona del difunto, del que coje algo de ella, se dice que *expila la herencia*, de cuyo crimen extraordinario hay un título particular *in ff. L. 68. ff. de furt. L. 4. ff. expil. hered.*

### §. CCCXXX.

Faltan dos divisiones de las cosas; en cosas *mancipi*, y no *mancipi*, y en *corporales é incorpóras*. Justiniano quitó la primera en la *L. un. C. de vel. Jur. Quirit. toll.*; y de la segunda se trata en el título siguiente, por lo que una y otra se podían omitir aquí. No obstante, teniendo la primera algún uso en la teoría, aunque no en el

### 338 *De la div. de las cosas, y modo, etc.*

foro, diremos algo de ella por no ignorar del todo estas palabras del derecho antiguo. Se llamaban *cosas Mancipi*, las que estaban *in Mancipio*, esto es, en el dominio propio de los ciudadanos romanos, y que se transferian á otro por el rito de la *mancipacion*, ó por la moneda y libra, el cual hemos descrito en otra parte. (*Antig. Rom. l. 1. tit. 12. §. 6.*) Cosas *no Mancipi*, las que no estaban en *mancipio* ó derecho quiritarario, esto es, propio de los ciudadanos romanos, ni se enajenaban por medio de la moneda y la libra. A la primera clase pertenecian los prédios itálicos, las servidumbres de los prédios rústicos, los siervos, los animales, las herencias, los hijos, las piedras preciosas; las restantes eran cosas *no Mancipi*. El que guste saber mas, puede consultar con fruto el opúsculo de Corn. van Bynkershoeck, *de rebus Mancipi y nec Mancipi*: contra el que ha suscitado algunas dudas el gran jurisconsulto de Dresde, Christfrid Waechtlero, *in Actis Erud. Lips. suppl. tom. VII. p. 294.* Pero en asunto de antigüedades es mas fácil sembrar dudas que disolverlas. La doctrina Bynkershoeckiana se apoya en el testimonio de Ulpiano, *in fragm. tit. 19. §. 1.*

*Del modo de adquirir el dominio de las cosas.*

#### §. CCCXXXI. CCCXXXII. CCCXXXIII.

La segunda parte de este título trata del modo de adquirir el dominio de las cosas; veamos con que motivo. Hemos dicho, segun las instituciones, que el segundo objeto del derecho versa acerca de los *derechos de las cosas*, asi como el primero se ocupa en *los de las personas*, y el

tercero en los de las acciones, §. 310. El derecho de las cosas es de dos maneras, en la cosa (*jus in re*), y á la cosa (*jus ad rem*). De los derechos *in re* se trata desde el principio de este libro 2.º hasta el tít. 14. del libro 3.º, en que se empieza á hablar del derecho *ad rem*. La primera especie del derecho *in re* es el dominio. Luego oportunamente se trata en este y los siguientes títulos de los modos de adquirirle. Por tanto examinaremos: 1) qué es derecho *in re* y *ad rem*. §. 332 hasta el 334. 2) qué es dominio, y de cuántas maneras, §. 335 hasta 338. 3) qué es modo de adquirir el dominio, §. 339. 4) cuántos son los modos de adquirirle, §. 340 hasta el fin del título.

I. Se pregunta: qué es derecho *in re* y *ad rem*? Grocio define aquel: »el derecho que tiene el hombre á una cosa sin consideracion á determinada persona; y este, el derecho que tiene una persona para que otra le dé ó haga alguna cosa.» De donde fácilmente se perciben las diferencias que hay entre uno y otro. A saber: 1) cuando tengo derecho *in re* está obligada la cosa; y cuando derecho *ad rem*, la persona. 2) Por el derecho *in re* pido mi cosa; por el *ad rem* que se me dé ó haga alguna cosa. 3) Del derecho *in re* nacen las acciones reales contra cualquiera poseedor; del derecho *ad rem* solamente las personales contra aquel que negoció conmigo, no contra un tercero poseedor; esceptuando algunas pocas, que aunque son personales, se dirijen contra cualquiera poseedor, por lo que se llaman *in rem scriptae*, y que se hallarán en su lugar, (§. 1146.) Asi, por ejemplo, en virtud del dominio, como derecho *in re*, vindico la cosa donde quiera que la halle, ya esté en poder de la persona que contrató

### 540 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

conmigo, ó en otra diversa. Por el contrario; si comprare un libro á un librero, quien antes de entregármele á mí le vendiese por segunda vez á Pedro, no podria yo repetir contra este, porque no contraté con él, sino contra el librero á quien le compré, porque obró en virtud del contrato, esto es, del derecho *ad rem*.

#### §. CCCXXXIV.

Mas se pregunta: cuántas son las especies de derecho *in re* y *ad rem*? De las primeras es fácil dar respuesta; pero el derecho *ad rem* nace todo de la *obligacion*, y asi no tiene co-especie. En el lib. 3. tit. 14. §. 769 y sig. veremos de cuantas maneras es la *obligacion*; lo mas difícil es responder ahora á la pregunta: cuántas son las especies de derecho *in re*? sobre lo que no disputan poco los jurisconsultos. Hahnio á Wesenbecio, y otros muchos numeran cinco especies: 1) el dominio, 2) el derecho hereditario; 3) la *servidumbre*; 4) la *prenda*; 5) la *posesion*. El primero que turbó esta lista fue el ilustre jurisconsulto de Leipsike, Jac. Bornio, que en la disertacion *de jure in re* demuestra que solo hay una especie, á saber: el dominio; negando, 1) que la *posesion* sea derecho, pues que consiste en hecho y no en derecho. 2) Reduce las cuatro especies restantes al dominio: el cual dice, ó es *universal* y entonces se llama *herencia*, ó *singular*. Este consiste en cosa *corporal* ó *incorporal*; en el primer caso produce la propiedad ó la *posesion*. Si la propiedad, se llama *dominio*, y si la *posesion*, *prenda*. Por último, si consiste en cosa ó derecho *incorporal*, nace de él la *servidumbre*. No es decible cuantas contiendas

de aqui se originaron, sin conseguirse el triunfo. Glesero, jurisconsulto de Helmstadt, Schwendendoerffero de Leipsike y otros impugnaron el parecer de Bornio con tan violenta agitacion de sus ánimos, como si se tratase, no de un problema jurídico, sí de la salud de la Grecia. Nosotros que no somos partes, podemos fallar de que lado se halla la verdad. Niega Bornio, y por cierto con razon, que la posesion sea por derecho ramano, derecho *in re*, lo cual probamos de distinto modo que él. 1) La posesion no produce sino un derecho momentáneo, L. 15. *de adquir. rer. dom.* L. 5. *ff. de usurp.* L. ult. C. *qui legit. pers. standi.* : *in jud.* : esto es, con sola la posesion no adquiero ningun derecho, sino en tanto que poseo. Y por lo mismo, si alguno muestra su derecho al juez, estoy obligado á dejar la posesion, por mas que diga que poseia con buena fe y justo título. Pero el derecho *in re* no es momentáneo, sino que dura aun perdida la posesion; de suerte que aunque me quiten la cosa, no dejo de ser su dueño ó heredero, ni espira el derecho de prenda ó servidumbre que tenga sobre una cosa porque otro la ocupe por fuerza. De aqui raciocinamos con precision: ningun derecho *in re* es momentáneo §. 333.; la posesion produce un derecho momentáneo, como hemos demostrado; luego la posesion no es derecho *in re*. 2.) Lo mismo probamos por el efecto. Todo derecho *in re* produce la accion *in rem* ó real; que se dirige contra cualquiera poseedor, L. 25. *ff. de oblig. et act.* §. 1. *Inst. de act.* Como por el derecho *in re* me está sujeta la cosa, poco me importa que la tenga cualquiera; donde la hallo, alli la vindico. Pero de la posesion nacen los derechos de posesion,

### 542 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

ó los interdictos de recuperar la posesion que no se dirijen á la cosa, sino contra la persona; L. 7. de *ff. de vis*, etc. Ni tampoco son reales los interdictos *uti possidetis* y *Utrobi* que se dan para retener la posesion, de los cuales usa el que posee; quien por tanto no puede obrar *in rem*, sino en el único caso de la accion negatoria, §. 2. *Inst. de Act.* No dirijiéndose, pues, contra la cosa ninguna accion que nace de sola la posesion, es claro que esta no es derecho *in re*. No obstante, añadimos que el derecho canónico ha sido la causa de que tantos jurisconsultos hayan vendido la posesion por derecho *in re*. Porque habiendo introducido aquel la accion y escepcion del despojo que perjudican al tercero poseedor, no pudieron menos los jurisconsultos de deducir de alli que la posesion era de la naturaleza del derecho *in re*. Hasta aquí no ha razonado mal Bornio. Pero no parece ha tenido justo motivo para reducir las demas especies de derecho *in re* á solo el dominio. Qué nos aprovecha nuestro arte si cuatro especies diversas por su naturaleza, negamos que son cuatro, porque convienen en alguna cosa? Por lo mismo nos parece mucho mas acertado numerar cuatro especies de derecho *in re*, el *dominio*, el *derecho hereditario*, la *servidumbre* y la *prenda*, sobre lo que están de acuerdo los Húberos y otros doctísimos jurisconsultos.

### §. CCCXXXV. — CCCXXXVIII.

Vamos á tratar del *dominio*, como primer derecho *in re*. Del cual se pregunta: 1) qué es, y de cuántas maneras, §. 335. hasta el 338.: 2) de cuántos modos se adquiere, §. 339. hasta el fin.

I. No es difícil responder á la pregunta: *qué es dominio?* Es un *derecho in re*: pues el señor de una cosa, de tal manera la tiene ligada á él, que puede reclamarla de cualquiera poseedor, aunque no haya negociado, con él, §. 332. Decimos que es *derecho en una cosa corporal*, porque las incorporales están en nuestros bienes, pero no en nuestro dominio, L. 49. ff. de V. S. Y así, si reclamamos el derecho que á ellas tenemos, no usamos de reivindicacion, que pertenece solamente á las cosas corporales, L. 1. §. 1. ff. de rei vind., sino de la accion confesoria ó negatoria. Añadimos, del cual nace la facultad de disponer de ella y vindicarla. Ciertamente, el que es señor, tiene 1) la libre *disposicion* de sus cosas, pudiendo usar de ellas con exclusion de otro; b) enajenarlas y trasladarlas á otro entre vivos, y por causa de muerte, c) y abusar de ellas y consumirlas. Tiene tambien el señor, 2) la facultad de *vindicarlas*; porque el que una vez es señor, lo es siempre, y puede vindicar la cosa de cualquiera poseedor; de lo que pueden servir de ejemplo los siervos romanos. Como que estos estaban en su dominio, podian los dueños disponer de ellos á su antojo; darlos á otros, venderlos, legarlos, abusar de ellos, pues tenian el derecho de vida y muerte sobre los mismos; y por último, si un siervo huia ó era robado, le reducian á la esclavitud donde quiera que le encontraban. Estos son los verdaderos efectos del dominio. Pero en nuestra definicion se añade la limitacion, *á no ser que lo impida la ley, el convenio ó la voluntad del testador*; por cuyos medios fácilmente puede restringirse el dominio. Por la ley se prohíbe vindicar las cosas que han sido prescriptas: por el *convenio* no se permite á los

## 544 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

vasallos enajenar el feudo sin avisar al señor, no obstante que tambien en él tienen dominio; por la última *voluntad* del testador se impide la enajenacion del fideicomiso al que es señor fiduciario.

II. Hasta aqui la definicion del dominio. Siguen varias divisiones. El dominio era, 1) ó *Quirritario* (segun Teófilo, lejítimo), ó *Bonitario* (que aquel llamaba natural). Véase á Teófilo, §. *últ. Inst. de libert.* Aquel era propio de los ciudadanos romanos, y los extranjeros no podian tener nada en dominio Quirritario; el Bonitario era comun á todos los hombres. Aquel consistia solo en las cosas *mancipi*, §. 330.; este tambien en las *no mancipi*. Asi, por ejemplo, el fundo itálico podia estar en dominio Quirritario, y el fundo provincial solamente estaba en los bienes, por lo que no podia usucapirse. Véase *pr. Inst. de usucap.* Mas Justiniano quitó esta division por sus dos constituciones, *L. un. C. de vet. jur. Quir. toll.* y *L. un. C. de usucap. transferend. et sublat. differ. rer. manc. et nemanc.* pudiendo sobre esto verse con fruto á Cujacio, *in paratitlis ad h. t. codicis.*

2) Se divide en *pleno* y *menos pleno*. *Pleno* es, cuando están reunidos en una persona la facultad de disponer y el derecho de usar de una cosa: *menos pleno*, cuando estos dos derechos están divididos y como separados. Por ejemplo, el vasallo tiene el derecho de percibir la utilidad, pero no de disponer del feudo, el cual está dividido entre el señor y el vasallo, de suerte que este no puede enajenarle ni hipotecarle sin el consentimiento de aquel; luego el dominio de uno y otro no es pleno, sino menos pleno. Este es todavía de dos maneras; llamándose *dominio directo* el de aquel que se reservó el derecho de que sin su consentimiento

no pudiese disponer libremente de la cosa el poseedor; y *dominio útil* el de aquel que percibe toda la utilidad de la cosa. Así, por ejemplo, en el enfiteúsis, el confitéuta ó el que paga la pensión es el señor útil, y el que la cobra el señor directo. Algunos repugnan estos vocablos porque no ocurren en las leyes, y los inventaron los glosadores. Y á la verdad que no son muy propios, y con mas exactitud se podría dividir el dominio *en verdadero, y derecho próximo al dominio*, como lo ha hecho B. Hubero, Wessemberjio y otros. Pero pregunto: por qué hemos de mudar las palabras que están admitidas en el foro y entre los jurisconsultos, especialmente cuando si no son muy elegantes, tampoco son enteramente bárbaras? Mas útil es observar que hoy dia hay tres especies de dominio menos pleno, *derecho enfiteútico, derecho de superficie, y derecho de feudo*. Los dos primeros traen su orijen de la legislación de los romanos, y el último le ignoraron estos.

## §. CCCXXXIX.

Llegamos á la otra parte del dominio que ofrecemos observar. Se pregunta, pues: de cuántos modos se adquiere el dominio? Veremos 1) que es modo de adquirir, §. 339. 2) de cuántas maneras, 340. 3) y cuántos son los modos del derecho de jentes, §. 341. hasta el fin.

I. En cuanto á la primera pregunta se ha de procurar ante todo no confundir *el título* y el *modo de adquirir*, porque dista tanto como el cielo de la tierra. Todo dominio tiene dos causas; una *próxima*, por la cual inmediatamente se consigue el dominio; y otra *remota*, por la cual, y

### 546 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

mediando la cual, se hace uno dueño. Por ejemplo, si compro una cosa á su dueño, y este me la entrega, me hago señor de ella: la tradicion es la causa próxima del dominio, y la compra la causa remota. Aplicando esto, la *causa próxima* del dominio se llama *modo de adquirir*; la *causa remota* se llama *título*. Tambien se diferencian en el efecto. (1) Por el título solamente se consigue el derecho *ad rem*; por el modo de adquirir, el derecho *in re*. (2) Por el título me dirijo contra la persona que contrató conmigo; por el modo de adquirir reclamo la cosa contra cualquiera poseedor. Tenemos ejemplo en la *L. 72. ff. L. 15. C. de rei vindic. L. 3. ff. de obl. et act.*, donde se pone este caso: compro un libro á un librero, quien en seguida se le vende á Juan, y se le entrega; podré reclamar de Juan el libro, por haberle comprado yo el primero? No, porque el que compra, aunque tiene título, todavía no adquiere la cosa, ni por tanto puede exigirla de cualquier poseedor no teniendo ningun derecho *in re*; pero debe pedir al librero que cumpla el contrato, y si no puede, que resarza los daños y perjuicios. A este propósito debe notarse un axioma: el *título jamás da derecho in re sino acompaña la tradicion. L. 201. de pact.* Luego aunque compre, ó se me legue, done, ó permuté una cosa, todavía no soy su señor antes que se verifique la tradicion, la cual solamente produce el dominio ó derecho *in re*, precediendo título hábil para transferirle. *L. 31. pr. ff. de adquir. rer. dom. §. 4. Inst. h. t.* Luego ni el título hasta sin la tradicion, ni esta sin aquel: axioma que reina en todo el derecho, y debe grabarse en la memoria. Sin embargo, tiene algunas escepcio-

nes que añadimos en la nota 2.<sup>a</sup>, á saber: 1) *el derecho de hipoteca*; pues esta no se entrega al acreedor como las demas prendas, sino que se constituye aquel derecho *in re* con el pacto; teniendo en su consecuencia el acreedor la accion real contra cualquiera poseedor, aunque nunca recibiese ó poseyese la cosa entregada, *L. 1. pr. ff. de ping. act.*

2) *Las servidumbres negativas*. Las servidumbres son derechos, los derechos son cosas incorporeales. Estas propiamente no se entregan, sino que se cuasi entregan; cuya cuasi tradicion consiste en el ejercicio de uno y sufrimiento de otro. Por ejemplo, si uno me promete una servidumbre de camino, y en seguida voy, paseo, atravieso por su fundo, y él lo tolera, cuasi me ha entregado la servidumbre. *L. ult. ff. de serv. L. ult. ff. de serv. pr. ad rurt.* Mas esto solamente es cierto respecto de las servidumbres afirmativas, como de senda, de carretera, de luz, de recibir aguas, etc.; pues las negativas por su naturaleza no pueden entregarse, ni cuasi entregarse. Por ejemplo, si prometo á uno la servidumbre de que no he de edificar mas alto, ni puedo entregarle, ni tolerarle nada, no pudiendo el otro hacer nada; y asi con solo el pacto se constituye este derecho *in re*, y por tanto con solo el título. 3) *Las cosas adjudicadas en los tres juicios divisorios*; las cuales se hacen de uno en el momento de serle adjudicadas, aunque no se le entreguen. Aquellos juicios divisorios, son: de partir los bienes de una familia, dividir una cosa comun, y fijar los límites de las propiedades. Luego si á un coheredero, á un comunero, ó á un vecino se les adjudica algo en alguno de estos juicios, al instante adquieren el

### 348 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

dominio, §. *ult. Inst. de off. jud.* Vulgarmente los jurisconsultos, y entre ellos el señor Ludovico, creen que sucede otro tanto en todas las adjudicaciones; pero es un error. (a) En el §. *ult. Inst. de off. jud.* espresamente se habla solo de aquellos tres juicios divisorios, y no de otros. (b) Si toda sentencia de juez produjese derecho *in re*, la accion de cosa juzgada seria accion real, y manifiestamente es persona, como todos confiesan. 4) *Las adquisiciones por última voluntad*; pues la tradicion debe hacerse por su dueño, ó por otro con mandato de aquel; *L. 9. §. 4. de adquir. rer. dom.*, y el muerto no puede entregar nada. Asi el heredero adquiere la herencia por adiccion sin que se verifique la entrega, y el legatario la cosa legada, al punto que muere el testador, sin la tradicion, *L. ult. ff. de serv. leg. L. 19. §. 1. ff. quemadm. serv. amitt.*

### §. CCCXL.

Se pregunta: II) de cuántas especies son los modos de adquirir? Son distintos en cuanto al oríjen. Pues unos le traen del mismo derecho natural y de jentes, y son comunes á todos los pueblos. Otros dimanar solamente del derecho civil de los romanos, y son desconocidos, ó varian en las demas naciones. La tradicion, por ejemplo, es un modo de adquirir comun á todas las sociedades. *Qué cosa mas conforme á la equidad natural, que permitir al hombre el trasladar á otros el dominio de sus cosas?* Dice un jurisconsulto en la *L. 9. §. 3. ff. de adquirir. rer. dom.* Al contrario, no todos los pueblos conocen la usucapion, ó al menos no es idéntica que la de los romanos. Por ejemplo, segun la lejislacion

romana usucapimos las cosas raíces por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, y las muebles por tres. Viceversa, los jermanos, y hoy dia los sajones, los ingleses, etc., prescriben los muebles por un año, y las raíces por treinta y un años, seis semanas y tres dias. De suerte que la tradicion es de derecho de jentes, y la prescripcion de derecho civil. Y de aqui se manifiesta que los modos de adquirir son unos *naturales*, que dimanen del derecho natural y de jentes, y otros *civiles*, que provienen del derecho civil. En este título se trata de los naturales, y en el sexto y siguientes de los civiles.

### §. CCCXLI.

III) No convienen los jurisconsultos en cuantas sean las clases de los modos naturales de adquirir. Pero los redujo á la razon Grocio, *de J. B. et P. L. 2. c. 3. §. 1.*, y Puffendorfo, *lib. 4. cap. 6. §. 1.* O adquirimos una cosa que no está en dominio de otro, como una fiera, un enjambre de abejas, un pez del mar, ó se trasladan á nosotros cosas que están en el dominio de otro; asi, por ejemplo, se hace dueño el heredero de las cosas que tenia el difunto, y el comprador se hace señor de la cosa que tenia el vendedor, y que este le entregó. Los primeros modos de adquirir, por los cuales conseguimos el dominio de las cosas que no tenian dueño, los llama Grocio *orijinaris*; los últimos, por los que el dominio pasa de una persona á otra, *derivativos*. Los orijinaris son de dos jéneros; pues ó adquirimos la misma sustancia de la cosa, ó su incremento ó frutos. Si lo primero,

### 550 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

los denomina Puffendorf modos orijinarios *simpliciter*; si lo último, *secundum quid*. Por ejemplo, si uno encierra en su colmena un enjambre de abejas silvestres, este modo de adquirir es orijinario *simpliciter*, porque coje las mismas abejas, que son la sustancia ó lo principal. Si despues se hace dueño de la miel, este modo de adquirir es orijinario *secundum quid*, porque adquiere el aumento que proviene de las abejas, que son lo principal. Ahora ya hallaremos y contaremos fácilmente todos los modos naturales de adquirir. Uno es orijinario *simpliciter*, y se llama *ocupacion*; de la que se trata en el §. 342. 353; otro orijinario *secundum quid*, y se denomina *accesion*, §. 254. 378.: otro derivativo, que es la *tradicion*, desde el §. 379. hasta el fin.

#### §. CCCXLII. CCCXLIII.

El modo de adquirir orijinario *simpliciter*, ó *la ocupacion*, es *la aprehension de las cosas corporales que no tienen dueño con ánimo de cojerlas*; cuya definicion debe entenderse bien. Se dice que *la ocupacion es aprehension*, y se entiende segun que lo permita la cosa, como agarrando una fiera, cojiendo una perla, introduciendo tropas en la ciudad: asi suelen ocuparse estas cosas. Pero se añade, *con ánimo de cojerlas*; pues faltando aquel, nada adquirimos con la aprehension; asi como sin esta no basta el ánimo. Por esto, si un loco coje una cosa, se dice que no la ocupa, porque le falta la intencion de adquirirla. Al contrario, si asomándose uno á la ventana viese una perla en el lodo, y gritase: *la destino para mí*, no se haria dueño si otro la cojia primero. Deben, pues,

concurrir juntas la aprehension material, y la intencion de ocupar. Por último, añadimos en la definicion, *que no tienen dueño*. Pues cuando la cosa tiene ya señor, no la hacemos nuestra con la ocupacion, sino que cometemos un hurto cojiéndola contra voluntad de su dueño. Esto supuesto, se entenderán fácilmente los cuatro axiomas que hemos sentado acerca de la ocupacion en el §. 343. (*de los Elem.*) 1) Las cosas que no tienen dueño son del primero que las ocupa. En nuestro derecho se dice que no tienen dueño las cosas, ó por la *naturaleza*, como los pescados del mar, las fieras, §. 12. 22. *Inst. h. t.*, ó por el *tiempo*, porque ya no existe memoria de su antiguo señor, como un tesoro, §. 39. *Inst. h. t.*, ó por el *hecho* del primer dueño que arroja la cosa con ánimo de desprenderse del dominio de ella, cuyas cosas se llaman en especie *dejadas por perdidas*, §. 46. *Inst. h. t.* A todas abraza nuestro axioma; las cosas que no tienen dueño son del primero que las ocupa, porque nada hay que pueda impedir á este el dominio. 2) *La ocupacion se hace juntamente con el ánimo y la accion corporal*. Cuando no se ha cojido una cosa, no hay razon para decir que es de uno mas que de otro. Y si no hay ánimo de apropiarla, la accion no es humana, y por tanto no puede producir ningun efecto civil. La aprehension de las cosas muebles se hace ordinariamente con la mano, y la de las raices con los pies, ó introduciéndose en ellas; con lo cual fácilmente puede resolverse aquella famosa cuestion que trae Plutarco, *quaest. graec.* 30. Habiendo tenido noticia los isleños de Andros y Calcis que los bárbaros habian abandonado la ciudad de Acanto, enviaron por separado per-

### 352 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

sonas que lo averiguasen, y siendo cierto, que ocupasen la ciudad. Luego que se acercaron y conocieron que estaba desierta, el diputado calcidense, apretando la carrera, logró ocuparla el primero á nombre de los de su nacion; pero antes el emisorio de Andros, conociendo que á correr no sacaria ventaja, clavó un dardo en la puerta de la ciudad, pretendiendo con esto que la habia ocupado representando á su nacion. Nombrados jueces á rbitros los eretrienses, samios y parios, los dos primeros sentenciaron á favor de los de Calcis, y los últimos á favor de los de Andros. Qué se debia fallar en esta controversia? Que era muy justa la causa de los calcidenses. Porque, quién ocupa con un dardo una ciudad, como si fuese una avecilla? Se dice que el enemigo ocupa una ciudad porque introduzca en ella algunos miles de balas? Véase á Puffendorffio, *derecho natural y de jentes*, L. 3. cap. 6. §. 8. Ambos legados tenian intencion de ocupar la ciudad para su respectiva nacion; pero no lo hicieron los dos del modo que se acostumbra tomar posesion de las ciudades. 3) No pueden ocuparse las cosas que no pueden ser custodiadas (por el axioma 2.<sup>o</sup>). Porque nada aprovecha cojer lo que no puede retenerse en posesion, L. 13. pr. §. 2. ff. *de adquir. rer. dom.* Por esto Bynkersh, en un folleto del *dominio del mar*, que acompaña al comentario á la ley Rodia, niega con razon que pueda ocuparse el mar océano, por no poder conservarse la posesion si es apresada la armada. Porque si se retira á sus puertos, con igual facilidad puede otra escuadra dominar en el mar asi como la anterior.

## §. CCCXLIV.

En este párrafo se manifiesta las especies que hay de ocupacion, las cuales son tres, á saber: *la caza y pesca, la ocupacion que se hace en la guerra, y la invencion ó hallazgo*. La caza es la ocupacion de los animales libres. Y siendo estos ó cuadrúpedos, ó volátiles, ó acuátiles, resulta que hay tres especies de caza. 2) *La ocupacion que se hace en la guerra* es la aprehension de los enemigos y sus cosas, de lo que nace una gran duda. La ocupacion es de las cosas que no tienen dueño (§. 343.); es así que las cosas y personas enemigas que tomamos tienen dueño, porque ó están en poder del enemigo, ó son personas libres, y nunca las dejaron aquellos por cosa perdida; luego de ningun modo pueden ocuparse. Respondemos (§. 348.) que los romanos juzgaban ser cosas sin dueño las de los enemigos, lo cual observó Westemberjio, *pr. ff. de adquir. rer. dom.* §. 39., y se ve en la L. 4. §. 1. *ff. de adquir. vel amitt. poss.*; donde manifiestamente compara el jurisconsulto las cosas de los enemigos con las que no tienen dueño. Y nosotros añadimos que este principio es conforme al derecho natural y de jentes. A cuyo propósito dice elegantemente Puffendorffio, *lib. 4. del derecho nat. y de gent. cap. 6. §. 14.* »Ha de saberse que por el estado de guerra, de tal modo se rompe el efecto del dominio, así como los derechos civiles, que ninguno está obligado á respetar las cosas de los enemigos, sino en cuanto lo dicte la humanidad. Pues en la guerra las cosas de los enemigos se consideran como fuera del do-

### 354 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

»minio, no porque por el derecho de ella dejen  
»aquellos de ser señores de sus cosas, sino por-  
»que su dominio no impide que el enemigo pue-  
»da apropiárselas tan justamente como basta la  
»ocupacion para adquirir las cosas que no tienen  
dueño." 3) La *invencion* ó *hallazgo* es la ocupacion  
de las cosas muebles que no tienen dueño, ó por  
no haber estado nunca en dominio, ó por haber-  
se dejado por perdidas. Asi, por ejemplo, hace-  
mos nuestras por la invencion las perlas que arroja  
el mar, el dinero hallado en terreno público, cu-  
yo dueño no parece, etc. Vamos á tratar de cada  
una de ellas.

#### §. CCCXLV. CCCXLVI. CCCXLVII.

La primera especie de ocupacion es la *caza*, la  
que hemos definido en el párrafo anterior. Siendo,  
pues, la ocupacion de los animales libres, hay que  
indagar tres cosas: 1) cuáles son animales libres, §.  
345.: 2) cómo se hacen nuestras por la caza, §.  
346.: 3) una vez ocupadas, hasta cuándo se hacen  
nuestras, §. 347.

I. Los animales se dividen en *mansos*, *libres*,  
y *domesticados*; aunque muchos antiguos refirie-  
ron los últimos entre los libres. (1) *Libres* son los  
que andan vagando libremente, y no se cojen  
sino á fuerza, como las liebres, ciervos, jabalíes.  
En nuestras Instituciones, §. 3. de este tít., se  
dice que son las que no tienen ánimo de volver.  
Un pajarillo, por ejemplo, que se suelta de la  
mano, y no volvió, es animal libre. (2) *Mansos*  
son los animales domésticos que tienen ánimo de  
volver, por ejemplo: los cerdos, bueyes, gansos,  
gallinas, ánades. (3) *Domesticados* son los libres

por naturaleza, pero amansados en nuestras casas, como los ciervos domesticados, las palomas, los pavos, las abejas. De aqui se manifiesta que solamente los animales libres pueden cojerse en la caza, no los mansos ni domesticados: el que caza estos es un ladrón, no cazador.

II. Cómo, pues, se hacen nuestros los animales con la caza? Lo esplicaremos en cinco conclusiones que dimanán del axioma 1.º §. 343. *Las cosas que no tienen dueño, son del primero que las ocupa.* De donde fácilmente se deduce: (1) que los animales se hacen nuestros en el momento que se cojen. Pero esto debe entenderse bien. Se supone aqui que los animales libres no tienen dueño, lo cual no es dudoso por derecho natural y de jentes. Mas habiendo manifestado arriba (§. 328.) (c) que en las provincias ocupadas en comunidad, no hay nada fuera del dominio, sino que todas las cosas pertenecen al pueblo ó nacion que las ocupa, fácilmente se deja ver que al tiempo de ocuparlas pudo el pueblo destinar para el príncipe estas cosas como propias y peculiares suyas, escluyendo de su uso á los particulares; lo que efectivamente se ha hecho en muchas partes: y así hoy día los animales libres son del primero que los ocupa, pero solamente en el caso de que tenga el derecho de cazar. Pues el que caza sin derecho es castigado con razon. (2) Se pueden cojer los animales libres aun en las posesiones ajenas, *L. 3. §. 1. de adquir. rer dom.* Porque aunque no pueda buscar en ellas las cosas que no tienen dueño, §. 351.; sin embargo, si las hallo por casualidad las hago mias, y por lo mismo tambien un animal libre que ande en terreno ajeno. No obstante, deben añadirse dos limitaciones: (a)

### 556 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

con tal que no viole el fundo ajeno; pues si persiguiendo un animal por tierras sembradas echo á perder los frutos, es justo que resarza el daño: (b) con tal que el dueño no me prohíba la entrada; pues así como tengo derecho de ocupar las cosas que no tienen dueño aun en terreno de otro, así el señor de este tiene el de escluir á los demas del uso de sus cosas, y por tanto de prohibir que ninguno entre á cazar en sus propiedades. (c) No pueden cojerse cazando los animales libres que están encerrados, como en los vivares, los peces en los estanques, las abejas en las colmenas; lo cual aparece claramente de la L. 3. §. 14. *ff. de adquir. vel amitt. possess.* La razon es, porque la ocupacion es de las cosas que no tienen dueño. (§. 341.) 1) Las cosas que han sido ocupadas, ya se tienen; pues el que encierra los peces en un estanque, los ha aprehendido con ánimo de tenerlos para sí. Y el que aprehende una cosa con ánimo de adquirirla, se hace señor de ella. (§. 343.) Luego estas cosas tienen dueño, y por tanto el que pesca en los estanques comete un robo. (d) No pueden cazarse los animales mansos y domesticados, cuya razon poco antes se ha explicado. (e) No basta herir la caza, sino que es preciso cojerla, ya con la mano, por ejemplo: si nosotros mismos matamos á un ciervo; ó ya con instrumentos, si cae en la trampa, ó los peces en la red. Aunque no es bastante herir al animal, L. 5. §. 1. L. 55. *ff. de A. R. D.*: el que le ha herido tiene el derecho de perseguirle aun por posesion ajena, y cojerle si cae en ella, con tal que no lo haga á son de corneta, ni introduciendo los perros, como casi en todas partes lo tiene establecido la costumbre.

III. La regla siguiente nos enseña por cuanto tiempo se hace nuestro el animal que hemos cazado. Mientras que no recupere su libertad natural es nuestro. Y solo deja de serlo si se escapa de nuestra custodia, §. 12. *Inst. h. t.* Y así, si otro se apropia un ciervo que se nos ha escapado, no podemos considerarle como hurto, porque no quitó una cosa que nos pertenecía, sino que estaba fuera del dominio. Esta regla se aparta claramente de otros principios de derecho. Pues arriba hemos dicho que el derecho *in re*, no es momentáneo, sino perpétuo, de suerte que no deja de ser nuestra una cosa cuyo dominio hemos adquirido, aunque perdamos la posesion. (§. 333.) Así, por ejemplo, un ciervo que huyendo recobra su libertad natural, puede vindicarse donde quiera que le halle el que le tuvo una vez en su dominio. La cosa robada queda sin embargo en nuestro dominio. Pues el derecho *in re* siempre es perpétuo. Pero en los animales libres falta esta regla, como ya observó Grocio, de *jur. bel. et pac. Lib. II. c. 8. §. 3.* Desde el momento que huyen y eluden nuestra guarda y recobran su antigua libertad, dejan de ser nuestras, y por consiguiente pueden ser ocupadas por cualquiera sin cometer robo.

### §. CCCLXVIII. CCCLXIX.

La otra especie de ocupacion es la que se hace en la guerra; cuyo principio y origen hemos visto al §. 344. Considerándose por derecho de jentes que las cosas y personas enemigas están fuera del dominio, nacen de aqui siete conclusiones.

I) Las cosas que cojemos de los enemigos se

**558 Del modo de adq. el dom. de las cos.**

hacen nuestras, *L. 5. §. ult. ff. de A. J. D. §. 17. Inst. h. t.* Decimos de los *enemigos*, de lo cual se sigue inmediatamente, que no se observa este derecho en las guerras civiles, donde los que caian prisioneros no se hacian siervos, *L. 2., §. 1. ff. de cap. et postim.*, sino que se proscribian; de cuya proscripcion y oríjen refieren algunas cosas varones doctos en las notas *ad Vell. Paterc. lib. 2. c. 28.* Y mucho menos en las cosas que quitan los asesinos y ladrones, los cuales no gozando ningun derecho de guerra, no las hacen suyas. 3) El enemigo tiene derecho á recuperar las cosas que le hemos quitado; pues siendo nosotros tambien enemigos respecto á él, le asiste el mismo derecho para con nosotros que tenemos para con él. De lo que se sigue que no se hacen nuestras las cosas muebles y personas que cojemos, hasta que las llevamos á nuestras plazas y puertos. Y por consiguiente, si el enemigo las recupera antes, no comete un robo, sino que usa de su derecho, *L. 5. §. 1. ff. de cap. et postim.* 1) Las presas no son de cada uno de los soldados que las cojen, sino de aquel bajo cuyos auspicios, y con cuyos gastos se hace la guerra, *L. pen. ff. ad leg. Jul. pecul.*; por lo cual se llama reo de peculado el que retiene parte de la presa y no la lleva al erario. Por tanto es vulgar y ridiculo el error de los que juzgan que entre los romanos lo que cada soldado cojia era para él. Y antes bien, es conforme á la misma equidad, á nuestro derecho y á los monumentos históricos, que cuanto adquieran los soldados, puesto que son pagados por ir á la guerra, no sea para ellos, sino para aquel que suporta los gastos, y bajo cuyas órdenes militan. 5) Mucho menos pueden exijir los soldados los bienes raices que

cojen en la guerra, como prados, tierras, prédios, aunque los invadan y ocupen los primeros. Pues toda heredad cojida de los enemigos, se hace pública por nuestro derecho, L. 20. §. 1. *ff. de capt. et posthim.* Y entre los romanos no tomaban nada los soldados hasta que el pueblo decretaba por la ley agraria que se enviassen colonias militares, y se repartiese una parte á los soldados veteranos beneméritos. Cuyo asunto espuso claramente, con arreglo á las antigüedades romanas, Pedro Burmano, *de vectigal. prop. Rom.* 6) En un solo caso retenian la presa los soldados, y era cuando se lo habia permitido espresamente el emperador, L. 36. §. 1. *c. de donat.* Lo que solia hacerse para escitar el valor cuando amenazaba grande peligro, como tambien hoy suele suceder, especialmente si el gobierno permite á los particulares que armen sus buques en corso para ofender á los enemigos, concediéndoles entonces parte de la presa. 7) De aqui fácilmente se manifiesta, qué sea derecho de posliminio. Si una persona ó nave prisionera en tiempo de guerra se escapa del poder del enemigo, en el momento que llega á nuestras fronteras, ó entra en nuestros puertos, recupera sus antiguos derechos por el derecho de posliminio; esto es, se finje que nunca estuvieron en poder de los enemigos. L. 7. §. 19. *ff. de capt. et posthim.* De cuya ficcion se sigue: a) que las personas que salen del cautiverio se hacen injénuas: b) que las cosas en que se hace uso del derecho de posliminio vuelven á su primitivo dueño.

## §. CCCL. CCCLI. CCCLII.

La tercera especie de ocupacion, es la *invencion ó hallazgo*. Decimos que es especie de ocupacion, la cual es de las cosas que no tienen dueño, luego se sigue que en las cosas perdidas por otros no hay tal invencion que podamos adquirir su dominio. La invencion de que hablamos se define asi: *es la aprehension de las cosas que no tienen dueño, ó dejadas por perdidas*. Y asi, para ella se requiere: 1) intencion de cojer, 2) y la aprehension hecha corporalmente. Luego el primero que la ve no la hace suya con la vista, sino el primero que la ocupa y coje. Sin embargo, entre los antiguos, asi como entre nosotros, habia costumbre de que en este caso reciban una parte los que ven la cosa. De lo que hay muchos ejemplos en los autores, Fedro *lib. 5. fab. 6.* dice:

*Invenit calvus forte in trivio pectinem  
Accessit alter aequae defectus pilis,  
Ea, inquit, est commune quodcumque  
est lucri.*

Y Séneca, *epist. 20.* Cuando hallo alguna cosa, no aguardo á que digas, es comun: yo mismo me la aplico. Una cosa semejante parece se observaba entre los griegos, *Theophrast. charact. c. 24.* De este modo se hacen nuestras las perlas, las piedras preciosas, y otras cosas que no tienen dueño: sucede otro tanto con el tesoro? Para entender bien esta pregunta, ha de saberse: 1) qué es tesoro: 2) para quién es despues que se halla. El tesoro en primer lugar, es un depósito

*antiguo de dinero de que no existe memoria.* Por esto, si el dinero que hallo es de nuevo cuño, no es tesoro; ni tampoco le hago mio, si le hallo en un edificio y sé quien le depositó. Pues entonces tengo que entregarle al verdadero dueño, ó á sus herederos, y de no restituírsele puede reivindicarle. L. 67. ff. de rei vindicat. Si en segundo lugar se pregunta á quien pertenece el tesoro que se halla, no podemos menos de advertir que sobre este asunto habia antiguamente diversos pareceres entre los autores. La razon es, porque unos contaban la invencion entre las especies de ocupacion, y otros entre las de accesion. Los primeros adjudicaban el tesoro al que le hallaba, porque las cosas que no tienen dueño son del que las ocupa, §. 343. Los del último dictámen juzgaban que pertenecia el tesoro al dueño del sitio en que se halló, porque de aquel de quien es lo principal, es lo accesorio, §. 354. Los emperadores quitaron esta duda, y el primero Adriano, §. 39. Inst. h. t. (véase á Spartian, in vita Hadr. c. 18.) estableció acerca de los tesoros, que *si alguno los encontrase en su terreno, los hiciese suyos; si en paraje ajeno, diese la mitad á su dueño, y si en titio público, partiese igualmente con el fisco.* Donde se ve que Adriano abrazó los dos pareceres, y quiso que el señor tuviese una parte por derecho de accesion, y el que le encontraba otra, por razon de la ocupacion: Jacobo Gotofredo espuso diligentemente toda la historia de esta ley *ad L. 1. C. Theod. de thesar.*; mas para llegar á las conclusiones especiales acerca de los tesoros, se ha de observar, 1) que *el tesoro hallado por arte májica es del fisco*, en pena de estas artes malignas,

362 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

*L. un. C. de Thesaur.* 2) El tesoro, buscado y encontrado en terreno ajeno, es por entero para el dueño de este, *L. 63. d. A. R. D.* Pues ninguno tiene derecho de buscar tesoros en mi posesion, y si alguno se atreve á hacerlo, es reo de hurto, y por tanto no puede hacerse señor del tesoro, como que es cosa furtiva. 3) El que halla un tesoro en su propiedad le adquiere por entero, §. 39. *Inst. h. t.* Pues segun el principio de Adriano, le pertenece una parte por haberle encontrado, y la otra por ser señor del terreno, y de consiguiente le adquiere todo. 4) Del tesoro hallado casualmente en terreno ajeno, la mitad es para el señor de este, y la otra mitad para el que le encuentra, *d. §. 39. Inst. h. t.* Pero aqui nace la duda, si sucede otro tanto cuando un jornalero encuentra un tesoro cabando en mi propiedad. Hay algunos pareceres en contrario, fundados en que los jornaleros no se ajustan para adquirir para ellos, sino para nosotros, como lo deciden Anjelo *ad §. 39. Inst. h. t.* Pedro Gregorio Tolosano *Syntagn lib. 3. c. 11 n. 5.* Mas pregunto: si en este caso no, cuándo se halla un tesoro casualmente? Acaso arrienda un mercenario su trabajo con ánimo de encontrar tesoros? Por esto les adjudica una parte Corn. van Bynkersh. *Obs. 2. p. 123. arg. L. 36. §. 3. 4. ff. de adq. rer. dom. et L. 67. ff. de rei vindic.*

§. CCCLIII.....

§. CCCLIV.

Llegamos al modo de adquirir *originario secundum quid*, esto es, *la accesion.* §. 341. Es,

pues, la accesion *el derecho de adquirir el aumento que tienen nuestras cosas*. Siendo muy natural que de aquel cuyo es lo principal, sea lo accesorio, por ejemplo, de aquel cuyo es el árbol, sean los frutos, el becerro, de quien es la vaca, y la miel de quien es la colmena. La accesion es de *tres maneras*; *natural* la que se verifica en nuestra cosa solo por la naturaleza ó por su beneficio, como el becerro, el aluvion, etc.; *industrial*, segun otros *artificial*, la que se agrega á nuestra cosa por el arte é industria, como lo escrito en un papel mio: *mixta*, que otros llaman industrial, cuando concurren el beneficio de la naturaleza y nuestra industria, por ejemplo, la tierra sembrada, la huerta cultivada, etc.

### §. CCCLV. CCCLVI.

*De la accesion natural* hay muchas especies, 1) el feto: 2) la isla: 3) el aluvion: 4) la fuerza del rio: 5) la mutacion de alveo.

I. *Feto* es la accesion verificada por medio de la jeneracion de la sustancia animada. Concurriendo á la jeneracion dos sustancias ó sexos, se pregunta: á cuál de ellos sigue el parto? Consta de todos los físicos que la materia ó sustancia del animal no es del padre, sino de la madre. Lo cual conocieron tambien los antiguos estóicos, que no tenían por animal al feto encerrado en el útero materno, sino por parte ó por víscera de la madre. *L. 2. ff. de morte infant. L. 3. §. 1. ff. de ventr. insp. L. 39. ff. de poen.*; añade Séneca, *epist. últ.* Plutarco *de plac. philos. l. 5. c. 15. 16.*, cuyos lugares debemos al gran jurisconsulto Em. Merilio, *Obs. l. 1. c. 16.* De donde se sigue el axio-

### 364 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

ma: *cuanto nace del vientre de la madre constituida en nuestro dominio, es nuestro. L. 4. L. 6. ff. de adquir. rer. dom.* Decimos *del vientre constituido en nuestro dominio.* Porque en las personas libres no sucede lo mismo. Pues viven ó en matrimonio, ó procuran los hijos fuera de él. En el primer caso el parto sigue la condicion del padre, y por tanto su nobleza, injenuidad, etc.; en el segundo sigue la condicion de la madre. Véase la L. 24. *ff. de stat. hom.*, la que pertenece á este lugar especialmente. Y cuando el vientre está en nuestro dominio, es perpétuo el axioma de que el parto sigue al vientre. De aqui nacen por sí solas y sin esfuerzo alguno varias conclusiones: 1) todo lo que nace de un animal nuestro, nos pertenece, §. 19. *Inst. h. t.* Asi el becerro es del señor de la vaca y no del toro que le enjendró: el potro del dueño de la yegua, y no del caballo con quien aquella se casteó. Mas se pregunta: habrá prestado gratis el dueño del caballo padre el trabajo de este? Se responde, que tiene derecho á pedir el estipendio de aquel trabajo, L. 32. §. 2. *ff. de furt.* 2) Los hijos que nacen de nuestras esclavas son nuestros, §. *últ. Inst. de jure pers. L. 7. C. de rei vind.* Pues los siervos eran cosas: las que se agregan á cosa nuestra por beneficio de la naturaleza, nos pertenecen, §. 354; luego tambien los hijos que nacen de nuestras esclavas.

### §. CCCLVII.

Otra especie de accesion natural es la *isla*, §. 355, á saber: nueva y aparecida poco hace. La isla se nace en el rio, en el mar, ó por el rio que se divide y vuelve á unirse mas abajo. La primera se entenderá por

la figura *A*, la segunda por sí sola sin figura, y la tercera por la figura *B*. *Lám. II*.

Si, pues, nace nuevamente en el rio una isla, los juriconsultos romanos la consideran como accesorio de los predios que están en la una y otra ribera; lo que no es dudoso, porque se presume ha sido formada de la tierra de los campos vecinos. De aqui es, (a) que si está en medio del rio las dividen entre sí los que poseen los campos de una y otra orilla, á proporcion de la estension y situacion que tengan. Asi, por ejemplo, la isla *a*. en la figura *A* debe dividirse entre los dueños de los fundos *d. t. h. i.*; y como los poseedores *d. e.* tienen fundos un duplo mayores que los de los otros, debe ser tambien doble mayor su porcion. (b) Si la isla está mas próxima á una de las riberas que á la otra, es de los dueños de los campos contiguos á aquella. Asi, en la misma figura *A*, la isla *b*. es solamente del poseedor del fundo *1*, y la isla *c*. se divide entre los poseedores de los prédios *f. g.*; pero el de *f*. lleva doble parte. §. 32. *Inst. h. t. 1. 7. §. 3. L. 29. ff. de A. R. D.*

Si lo que rara vez sucede, por la fuerza de las olas (*Plin. 1. II. hist. nat. C. 85.*) se formase una isla en el mar, entonces se observaria la regla, de que lo accesorio sigue á su principal, §. 254. Es asi que segun los principios de la jurisprudencia romana, el mar es comun, y por tanto no tiene dueño, §. 326.; luego tampoco le tiene la isla que en él se forma, y por consiguiente es del primero que la ocupa, (§. 343.) *1. 7. §. 3. ff. de A. R. D.* Si en un campo mio forma el rio una isla como en la figura *B*, dividiéndose por la parte superior, y volviéndose á unir por la inferior, no se verifica accesion, sino que permanece la misma

566 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*  
sustancia, y por tanto queda del primer dueño,  
L. 7. §. 4. L. 30. §. 2. ff. eod.

§. CCCLVIII.

La tercera y cuarta especie de accesion natural, son el *aluvion y la fuerza del rio*. *Aluvion* es el incremento que se hace poco á poco y lentamente por beneficio del rio, §. 20. *Inst. h. t.* *Fuerza del rio* es el aumento que produce juntamente y de una vez, §. 4. *Inst. h. t.* En el primer caso, cuando el rio ha arrimado poco á poco algo de tierra á mi posesion, no puede saberse de qué fundo lo arrancó. Luego no pudiendo nadie vindicar este aumento, como accesorio del campo á que se ha unido, es del dueño de este, §. 20. *Inst. h. t. L. 7. §. 1. de A. R. D.* Por el contrario, cuando el rio desmiembra de una vez una parte del campo vecino y lo agrega á uno mio, queda de su primitivo dueño, y permaneciendo suya, puede revindicarla donde quiera que esté detenida. Luego no puedo hacerme señor de este incremento, á no ser por la prescripcion, á saber; si el primer dueño no la reclama, y entretanto los árboles se arraigan en el terreno, L. 7. §. 2. ff. de A. R. D. §. 21. *Inst. h. t.* Pero la primera decision sobre el aluvion pertenece solamente á los campos arcifinios, no á los limitados; pues lo que á estos se agrega se hace público. L. 16. ff. de A. R. D. L. 1. §. 6. *Inst. de flum.* Luego es preciso explicar qué sean campos arcifinios. Los antiguos romanos dividian los fundos en arcifinios, limitados y determinados. *Arcifinios* son los que no tienen otros límites que los naturales, como montes, rios, etc.; *limitados* los que se poseen hasta

cierta medida, y *determinados* los que se contienen en cierta medida por una estremidad. (*Fig. 20, 21 y 22, Lám. II.*)

Traen esta diferencia los antiguos escritores, Aggeno, Urbico, Julio, Frontino y Flaco Siculo, que trataron de los límites de las heredades; pero hablaron con tanta oscuridad, que ni el mismo Grocio los entendió suficientemente de *J. B. et P. L. 11. C. III. §. 16. n. 1.* Mucho mas claramente lo esplicó el incomparable Gronovio en las notas á Grocio, *l. c.* Si, pues, el rio agregase al fundo *A* poco á poco y por aluvion el pedazo *a*, este será del dueño del fundo *A*, por ser arcifinio. Si el campo *B* se agrega por aluvion la parte *b*, esta no es para el señor de aquel, sino pública, porque el campo *B* es limitado, esto es, dado hasta cierta medida.

### §. CCCLIX.

La última especie de accesion natural es la *mutacion del alveo*, §. 356, que se hace cuando el rio toma nuevo camino, y deja seco el primitivo alveo ó madre. Entonces se pregunta: quién toma el alveo que dejó seco? Se responde que los jurisconsultos consideran tambien este alveo como accesorio de las tierras próximas. Luego deben dividirle entre sí los poseedores de los campos vecinos, segun su estension, *L. 7. §. 5. ff. de A. R. D.* Lo cual ilustrará mas la *Fig. 23, Lám. II.*

Supongamos que el rio ha ido antes por el olveo *A*, señalado con puntos; despues mudó de curso, y empezó á correr por el alveo *B*: ¿de quién será el alveo *A* que quedó seco? Le partirán entre sí todos los que poseen los fundos pró-

### 568 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

ximos, que son *c. d. e. f. g. h. i. k. l. m. n. o.* Pero la division no será igual, sino que llevarán doble parte los poseedores *l. m. n. o.*, porque tambien son sus campos doble mayores que los de los demas. Una cosa es cuando el rio inunda mi heredad por cierto tiempo; pues no mudando la inundacion la especie del fundo, tampoco altera el dominio, y por tanto desapareciendo el agua, aquel vuelve á mi poder como antes, L. 7. §. 6. *ff. de A. R. D.* Y otra cosa se dirá si la inundacion es perpétua, y despues de largo tiempo vuelven á hacerse nuevos campos; pues entonces es indudable que por el desamparo espiró el derecho del primer dueño, §. 392.

#### §. CCCLX.....

#### §. CCCLXI. — CCCLXVII.

Hasta aqui de las accesiones naturales. Siguen las *industriales*, (354.) de las que principalmente hay tres especies; *conjuncion, especificacion y comistion*. *Agregacion* es cuando una cosa ajena se une á otra nuestra, ya se haga, 1) por *introduccion*, como si en un anillo mio se engasta una piedra ajena: 2) ya por *soldadura*, como si á mi espada se pega un puño ajeno: 3) ó ya por el *tejido*, como si se entretrejen en mis paños hilos de oro de otro: 4) ó por la *edificacion*, como si se construye con materia mia en suelo extraño, ó vice versa: 5) ó bien por *escritura*, si alguno escribe en ajena carta: ó en fin, 6) por la *pintura*, si pinta alguno en cuadro ajeno.

De todas ellas hay la regla: *el accesorio sigue á su principal*, y este es aquello por cuyo medio

existe otra cosa, §. 354. Luego de aqui se sigue, 1) que son nuestras las cosas que juntan á otra nuestra por medio de la soldadura, el tejido, etc., de lo que tenemos ejemplos en la L. 29. §. 13. *ff. de aur. arg. L. 27. pr. ff. de A. R. D. §. 26. 27. Inst. h. t.*, habiendo esceptuado Justiniano solamente un caso, á saber, la pintura; pues aunque creian los antiguos que la pintura era accesoria del lienzo ó papel, *L. 23. §. 3. ff. de rei vind.*, acordó lo contrario en consideracion á la dignidad y escelencia del arte del dibujo, §. 34. *Inst. h. t.* Pero en los demas vale la regla dada antes.

2) Lo que se une á nuestra cosa no puede vindicarse. Porque cómo habia de revindicar yo una piedra engastada en el anillo de Pedro, habiendo ya conseguido este en ella el dominio? No obstante, como es injusto que uno se enriquezca con daño de otro, hay otras acciones para que seamos indemnizados cuando una cosa nuestra se ha agregado á otra ajena. Pues si el señor de la materia tiene buena fe, puedo obrar por la accion *ad exhibendum*, *L. 23. §. 5. ff. re rei vind.*; ó por la condicion sin causa, §. 26. *Inst. h. t.*, ó por la accion *in factum*, *d. L. 23. §. 5. de R. V.* Si tiene mala fe, puedo usar de la accion del hurto, ó condicion furtiva, §. 26. *Inst. h. t.* En la *edificacion* hay cosas singulares. Pues interesando á la república que no se afeen con ruinas las ciudades, se previno en las leyes de las XII tablas, que si alguno edificaba en suelo propio con materia ajena, no se revindicase esta, para que no se destruyese el edificio, sino que se usase contra el poseedor de la accion del duplo de los materiales; y si no hubiese conseguido el duplo, caido el edificio, cada uno puede vindicar su materia, ú obrar *ad*

**570 Del modo de adq. el dom. de las cos.**

*exhibendum*, §. 29. *Inst. h. t.* Mas, qué sucede si uno edifica con materia propia en suelo ajeno? Entonces, ó posee ó no el edificio construido. En el primer caso, tiene buena ó mala fe. Si posee con buena fe, goza el derecho de retener el edificio, hasta que el señor del terreno le pague el precio de la materia; y por eso en tanto puede repeler con la escepcion de dolo malo al que obre contra él: si posee de mala fe, no recibe nada por su materia, y pierde su dominio en pena del dolo, el cual consiste en edificar con mala fe, con todo conocimiento y ciencia cierta en suelo ajeno, §. 30. *Inst. h. t. L. 7. §. 12. ff. de A. R. D.* Y si no posee el edificio edificado con su materia en terreno ajeno? Para este caso no se encuentra ninguna accion en todo el derecho romano, como mas bien lo notó Hubero, *in Prael. Inst. §. 40. h. t.* Mas siendo injustísimo que uno se haga rico á costa de otro, con razon se concede en nuestros tribunales al que edifica de buena fe la accion *in factum*, para conseguir el precio de la materia. *Hub. ibid.*

§. CCCLXVIII. CCCLXIX.

\*Otra de las acciones industriales es la especificacion, §. 361.; la que se verifica cuando uno da nueva forma á la materia ajena, por ejemplo: del oro de otro se hace un anillo, de plata ajena un vaso, y de paño de otro un vestido. Mas ha de tenerse presente, que debe resultar algo nuevo para que haya nueva especie. Por ejemplo, ni el anillo, ni el vaso, ni el vestido existian; luego claramente se ha dado nueva forma á estas materias. Si ya existia la forma, no hay especificacion.

Por ejemplo, si uno desgrana las espigas ajenas, no hay nueva especie, porque el fruto se hallaba ya en el grano, como lo observa Cayo, L. 7. ff. *de adqui. r. d.*; aunque Justiniano opina que aun así se hace *especificacion*, §. 25. *Inst. h. t.* De aquí nacia una grande controversia, si la nueva especie era del que la daba la forma, ó del señor de la materia. Ciertamente, se hacia accesion de la forma á la materia, y los antiguos juriscultos disputaban si esta era mas noble que aquella, ó vice versa. Los sabinianos atribuian mas excelencia á la materia, porque sin ella no puede subsistir la forma. Los proculeyanos al contrario, preferian la forma, porque, segun dicen los filósofos, da la esencia á las cosas. Por tanto los sabinianos adjudicaban la nueva especie al dueño de la materia, y los proculeyanos al que daba la nueva forma; L. 7. §. 7. ff. *de A. R. D.*; cuya ley esplicó con la diligencia que acostumbra Merilio, *Obs. 1. I. C. 21.* Por último, puso fin á esta contienda Justiniano, que distinguió si la especie podia reducirse á su primitiva forma, ó no. Si lo primero, quiso que fuese del señor de la materia; si lo segundo, la adjudicó al que la habia dado nueva forma. Por ejemplo, si de oro mio se ha hecho un anillo, me hago dueño de él, porque puede reducirse á su primer ser. Al contrario, si de mi lana se ha tejido paño, al fabricante pertenece la nueva especie, porque el paño no puede volverse al estado de lana. Pero como es injusto que uno se enriquezca á costa de otro, el dueño de la materia, y el que formó la nueva especie, tienen respectivamente la accion de conseguir la estimacion de la materia, si el último conserva la especie, ó de resarcir

**372** *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

los gastos, si la adquiere el señor de la materia, §. 25. §. 5. *ff. de R. V.*

§. CCCLXX. CCCLXXI.

La tercera especie de accesion industrial es la *commistion*, §. 361. Las cosas que se mezclan son secas ó líquidas. Las primeras conservan íntegra su sustancia, aun despues de la *commistion*, por ejemplo, si el trigo se mezcla con avena; mas las últimas, uniéndose, de tal modo se altera su sustancia, que claramente se hace otra diversa; por ejemplo, si se mezcla vino con miel. Aquella se llama propiamente *commistion*, y esta *confusion*. Una y otra cosa se hacen ó por voluntad de los dueños de ambas cosas, ó por la de uno solo, ó casualmente. 1) Si la *commistion* y *confusion* se hacen con voluntad de los dueños de ambas cosas, lo que resulta se hace comun, y se parte entre ellos á proporcion de la cantidad y calidad de la materia. Si, por ejemplo, se mezclan una cántara de vino de las riberas del Rin de á cuarenta florines, con otra cántara de vino de Francia de á veinte florines, no es dudoso que el dueño del primero debe llevar doble porcion que el del segundo, L. 7. §. 8. *ff. de A. R. D.* 2) Si la *commistion* se ha hecho por voluntad de uno solo, entonces cada uno puede vindicar su materia, porque no se han alterado las sustancias, L. 5. *pr. ff. de R. V.* Al contrario, la materia confundida, porque muda de sustancia, se hace del que la confunde, el cual está obligado á prestar al dueño de la otra materia su estimacion, L. 5. §. 1. *ff. eod.* El emperador, respecto del primer caso, dice: *ni se hace mas comun en estos casos el gra-*

no, que si se mezclasen tus rebaños con los de Pedro, §. 28. *Inst. h. t.*; como si fuera tan fácil separar las semillas que se han mezclado, como las ovejas de las cabras. Sutilmente se ha decidido este caso en nuestro derecho. 3) Si la confusion se ha hecho casualmente, lo que resulta se hace comun, L. 7. §. 9. *ff. de A. R. D. §. 27. Inst. h. t.* Si la conmistion se hace por caso fortuito, cada uno reivindica su materia, §. 28. *Inst. h. t.*; lo cual ciertamente es muy injusto. Pues si Juan, por ejemplo, mezcló casualmente mi vino con su aceite ó cerveza, me creeré satisfecho si se me ofrece en lugar de mi vino la mitad de la mixtura? Pero asi lo han dispuesto las leyes.

### §. CCCLXXII.

Resta la tercera especie de accesion, á saber, la mixta, §. 341, esto es, la que se debe parte al beneficio de la naturaleza, y parte á la industria humana, cuales son la *plantacion*, la *siembra*, y la *percepcion de frutos*. Y de estas suele preguntarse: 1) si siembro con trigo mio una tierra ajena, de quién será la cosecha? 2) si planto un árbol en los límites de un campo propio y otro ajeno, ó en este solamente, de quién será el árbol y sus frutos? 3) si poseo con buena fe y justo título un fundo ajeno, de quién son los frutos percibidos de él? De cada uno de estos casos hablaremos.

### §. CCCLXXIII. CCCLXXIV. CCCLXXV.

Acerca de la siembra y plantacion hay la regla: *cuanto se planta y siembra pertenece al se-*

**374 Del modo de adq. el dom. de las cos.**

*ñor del suelo*, L. 9. *pr. ff. de A. R. D.* §. 32. *Inst. h. t.*; pues el suelo se considera como principal, y lo que en él se siembra ó planta, como accesorio: este sigue siempre á su principal, §. 354.; luego la cosecha y el árbol ó planta son del señor del suelo. Otra es tambien la regla acerca de los árboles puestos en los límites de dos heredades: *el dominio del árbol en la jurisprudencia romana se juzga por la raiz*, §. 36. *Inst. h. t.* Sobre cuyo particular racionaban con bastante sutileza los jurisconsultos romanos: los árboles y plantas toman su alimento y jugo vital por las raíces; y como estas se sustentan del suelo en que se estienden, no es dudoso que el señor del árbol es aquel cuyo es el tercero en que se nutre. Luego le pertenecen todos los frutos del árbol. Mas no razonaban tan sutilmente los pueblos de oríjen jermánico. No es justo desnudar las raíces de los árboles cavando para que aparezca de qué suelo se alimentan; y asi es que estos atienden á lo que está á la vista, á saber, al tronco y á las ramas. Y por esto cojemos los frutos de las ramas que se inclinan hácia nuestro fondo, y el vecino las restantes. Veamos en tanto que conclusiones nacen de estos dos axiomas. 1) Luego los frutos míos en terreno ajeno ó vice versa, son del señor de la heredad; pero de modo que este abone los gastos de la semilla y cultivo, como lo exige la equidad, L. 9. *pr. ff. de A. R. D.* §. 32. *Inst. h. t.* 2) Luego la planta ajena colocada en terreno propio es nuestra; pero no antes que eche raíces, L. 7. §. *ult. ff. de A. R. C.* La razon está á la vista. Pues hasta que el árbol no se arraiga en nuestro suelo, puede arrancarse fácilmente y sin daño alguno, y trasplan-

tarse á otro paraje, y por tanto no habia motivo para que se adjudicase al dueño del suelo. Por lo demas es justo que al que plantó el árbol se le abone el precio y gastos que tuvo, para que no se haga uno rico en daño de otro. Por lo que se concede la accion útil de los negocios hechos. Del otro axioma salen las conclusiones siguientes: 1) el árbol colocado en los confines de dos heredades es comun, y los frutos se parten entre sus dueños. Mas una cosa puede ser comun de dos modos, ó *pro indiviso*, siendo cada uno señor *in solidum*, aunque los frutos se repartan, ó *pro diviso*, de modo que se parta la sustancia, y se adjudique una porcion á uno y otra á otro, por ejemplo: un prédio comun que se divide entre sus dueños comuneros con muros, cercas ó setos. Qué clase, pues, de comunion hay en un árbol que está entre dos heredades? Mientras está arraigado es comun *pro indiviso*; ninguno puede decir: estas ramas son mias, aquellas del vecino: esta parte del tronco para mí, la otra para el vecino, pues solamente se parten los frutos, L. 7. §. ult. ff. L. 8. ff. de A. R. D. Mas desprendido el árbol de la tierra, al punto se hace comun *pro diviso*; por lo que la leña cortada se reparte con igualdad de porciones, L. 19. ff. comm. div.

### §. CCCLXXVI. CCCLXXVII. CCCLXXVIII.

En quanto á la percepcion de frutos, como tercera especie de accesion mixta, se ha de establecer lo que se requiere para que uno pueda hacer suyos los frutos que provienen de cosa ajena. En primer lugar requieren las leyes *buena fe*,

### 576 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

que es la seguridad y creencia en que uno está de que es el verdadero dueño de una cosa, L. 109. *ff. de V. S.* Y es tan necesaria esta buena fe, que la duda sola parece viciarla; debiendo tambien ser perpétua ó continua, bien al contrario de la usucapion, donde basta que se tenga al principio, L. 48. §. 1. *ff. de A. R. D.* Mas en el poseedor de buena fe, que quiere hacer suyos los frutos, conviene que aquella sea continua, L. 23. §. 1. *ff. de A. R. D.* Pues desde el momento que sabe que no es el dueño, y sin embargo se apropia los frutos de la cosa ajena, ya no es poseedor de buena fe, y por tanto no le pertenecen. En seguida se requiere, como hemos dicho, *justo título*, que sea hábil para transferir el dominio; los cuales hemos descrito, §. 339. Pues, por ejemplo, si yo alquilase á uno una yegua, sería absurdo que quisiese apropiarse el potro por la razon de que le poseia justamente y con buena fe. Es cierto que tiene buena fe y justo título, mas no es hábil para transferir el dominio; porque no alquilamos nuestras cosas para que el arrendatario se haga dueño de ellas. Ultimamente, se requiere *la posesion* tomada, no en un sentido gramatical, sino jurídico. *Poseer gramaticalmente* es retener una cosa, ó mantenerse en ella, y en este sentido tambien el arrendatario posee la cosa arrendada. Mas en el *sentido jurídico*, *poseer* es retener una cosa con ánimo de ser señor de ella; de suerte, que para la posesion se requiere (a) la retencion corporal, y (b) la intencion ó designio de tener el dominio de ella. Cuando hablamos aqui de posesion, no la entendemos en el sentido gramatical, la que llamamos *posesion natural*; sino en sentido jurídico, cuya pose-

sion se llama *civil*. Por lo que si concurren estos requisitos, vale entonces la regla de que el poseedor de buena fe se tiene por dueño, mientras no aparece el verdadero señor, L. 48. *pr. ff. de A. R. D.*; de donde nacen varias conclusiones. Pues reputándose por señor al poseedor, es consiguiente 1) que haga suyos todos los frutos percibidos. Llámense percibidos desde que se han separado; por ejemplo, los frutos recojidos de las tierras, no entendiéndose antes de esto que se han percibido, aunque esten maduros. 2) Que para el poseedor de buena fe nada importa que los frutos sean naturales ó industriales; pues percibe unos y otros, como que se le considera señor. Es cierto que se pone por objecion el §. 33. *Inst. h. t.*, donde se dice que el poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos, en atencion á *su cultivo y cuidado*: de donde colijen que aquel no percibe los frutos naturales, sino solamente los industriales, que son los únicos que requieren cuidado y cultivo. Pero aunque es verdad esto respecto al cultivo, tocante al cuidado tambien le necesitan los frutos naturales. Por ejemplo, el heno nace naturalmente, sin industria alguna, y sin embargo, si no cuida de él el padre de familia fácilmente lo perderá. De suerte que el poseedor de buena fe percibe tambien el aceite y el heno, L. 13. *ff. quibus modis usufr. amitt.*, á pesar que aquel venga sin cultivo, segun refiere Plinio, *h. n. 1. 15. c. 1.*; y del heno lo atestigüe la esperiencia. 3) Que el poseedor de mala fe no adquiere nada, y por tanto tiene que restituir, cuando sobrevenga el dueño, los frutos existentes y percibidos. Pues por qué razon semejante detentador ha de lucrarse con una cosa que

578 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

sabe que es ajena, y que posee contra la voluntad de su dueño? En verdad que las leyes no favorecen el dolo. Por último, no sin razon añadimos á nuestra regla la limitacion que el poseedor de buena fe es tenido por dueño, mientras que no aparece el verdadero. De lo que se saca otra conclusion: 4) que el poseedor de buena fe debe restituir al verdadero dueño los frutos existentes, L. 22. c. de E. R. V.; entendiéndose por tales los que aun no se han recogido y separado, como la cosecha en la tierra, la fruta en los árboles, las pensiones cuyo plazo en que puedan exijirse no ha venido.

§. CCCLXXIX. — CCCLXXXIV.

Hasta aqui hemos tratado de los modos originarios de adquirir el dominio, como la ocupacion y la accesion sigue el derivativo, que se llama *tradicion*, §. 341. Como dijimos que el modo de adquirir derivativo era cuando se trasladaba el dominio de una persona á otra, será ya clara la definicion de la tradicion, que *es un modo de adquirir derivativo, por el cual el señor de una cosa corporal, que tiene derecho y ánimo de enajenarla, la traslada con justa causa á otro que la recibe.* De donde inmediatamente se derivan los siguientes requisitos ó axiomas de la tradicion. I. *Pueden entregarse las cosas corporales*, pues estas solamente pueden trasladarse con accion corporal de una persona á otra. Por tauto, a) las cosas corporales, como los derechos, no se entregan, sino que se cuasi entregan; la cual cuasi tradicion consiste en el permiso de uno, y ejercicio de otro; como, por ejemplo, si quiero cuasi entregar á

uno el derecho de cazar, hasta que yo se lo permita, y él lo ejecute sabiéndolo yo, L. 1. §. ult. ff. de S. R. P. Además se sigue de aquel axioma, b) que la tradicion se hace, ó *naturalmente*, ó *simbólicamente*, ó *longa manu*, ó *brevi manu*. *Naturalmente* se hace cuando se traslada corporalmente una cosa á otro que la recibe, por ejemplo: si doy una cosa mueble, pasándola de mi mano á la ajena, ó introduzco á otro en una cosa raiz. Se entrega *simbólicamente*, si en lugar de una cosa entrego los signos que la representan, por ejemplo: las llaves ó instrumentos. Se dice que se entrega *longa manu* una cosa, cuando se pone ante la vista de uno, de manera que no la toque sino con los ojos. Se entrega con *breve mano*, cuando se declara que se quiere dar á uno una cosa que ya él posee, por ejemplo: si habiendo prestado un libro á uno, se le vendo despues, y le digo que le retenga, en cuyo caso es como si se le entregase. El II axioma es, que *las cosas deben entregarse por su dueño*. Pues no pudiendo ninguno dar lo que no tiene, cómo podrá trasladar uno con la tradicion el dominio que no tiene? Luego 4) si recibo con buena fe una cosa del que no es dueño, me hago poseedor de buena fe, pero no señor de ella. Si sé que no es su dueño aquel de quien la recibo, lejos de hacerme señor de ella, soy poseedor de mala fe. §. 376. 5) Tampoco puede el pupilo trasladar el dominio de sus cosas sin autoridad del tutor; pues aunque sea dueño de ellas, atendida su edad, no se tiene por persona perfecta, §. 298. Luego no puede hacer nada que pueda empeorar su condicion sin la autoridad del tutor, §. 251. Luego ni puede trasladar el dominio por la tradicion, que es lo que S. D. D. El

### 530 *Del modo de adq. el dom. de las cos.*

axioma III es, que *no se traslada el dominio si no acompaña el ánimo de enajenar.* Pues es propio del señor de una cosa el dictar leyes sobre ella. Por tanto, si establece que solo quiere dar el uso ó custodia de una cosa, el que la recibe no se hará dueño por la tradicion, por ejemplo: si deposito en otro una cosa, ó se la doy prestada en arriendo, ó en prenda, hay tradicion; y no obstante, el depositario, comodatario, arrendatario ó acreedor no se hacen dueños de ella. IV axioma: *no se adquiere el dominio por la tradicion sin que preceda un título hábil para transferir el dominio;* los cuales títulos hemos descrito §. 189, por ejemplo, la donacion, venta, legado, etc. Pero en la compra y venta hay de singular, que aunque el contrato está perfecto desde el momento de la tradicion, sin embargo, no se traslada el dominio hasta que se ha pagado el precio, esceptuando si el vendedor confia en la promesa del comprador, §. 17. *Inst. h. t.*

Por final de este título tan prolijo, todavía hay la cuestion de si se puede hacer la tradicion en persona incierta, ó no; cuyo caso se verifica hoy dia en las coronaciones de los reyes y emperadores, y en otras solemnidades públicas. Pues entonces suelen tirarse á la rebatiña monedas de plata y oro. Lo mismo hacian en otro tiempo los cónsules, pretores, y otros majistrados mayores; si bien esta licencia, ó mejor prodigalidad y profusion, fue reprimida despues por la *L. 2. C. de Cons. et non sparg. pecun. lib. 12.* Y los príncipes ejercieron mucho más semejante liberalidad. *Suet. Aug. c. 98, Calig. c. 18, y Ner. c. 11.* Siendo asi que en esta ocasion se tira el dinero con ánimo de que lo haga suyo el que lo coja, parece que se

hace la tradicion en persona incierta. Y asi determinó Justiniano que podia hacerse, §. 45. *Inst. h. t.* Pero si bien lo examinamos, no es esta especie de tradicion, sino de ocupacion. Pues el que tira dinero á la rebatiña lo deja por perdido. Las cosas que se dejan por perdidas, se reputan como si no tuviera dueño, y estas son del primero que las ocupa, §. 342 y sig. Con mas estension hemos explicado esto en *nuestras notas* al Vinio, §. 45. *Inst. h. t.*

## TITULO II.

### *De las cosas corporales é incorporales.*

§. CCCLXXXV. CCCLXXXVI. CCCLXXXVII.

Vuelve Justiniano á las divisiones de las cosas, y propone la segunda, de que ya hicimos mencion, §. 330. Las cosas son *corporales*, ó *incorporales*. Aquellas son las que pueden tocarse; incorporales las que no se pueden tocar, §. *un. Inst. h. t.* Mas se pregunta; que se quiere con estas definiciones? Se ha de advertir que la mayor parte de los jurisconsultos eran en otro tiempo estóicos. Estos filósofos solian reducir todos los sentidos al tacto. Porque nada puede percibirse con un sentido, sin que se verifique el contacto de los órganos sensitivos, por ejemplo: no puedo ver, sin que los rayos de la luz toquen en el ojo, y por él penetren en la retina; no puedo oír sin que conmovido el aire hiera el tímpano auricular; no puedo gustar, sin que las partículas de la comida toquen en las estremidades de los nervios y fibras en la lengua y paladar; últimamente, ni percibo el olor de una cosa sin que sus

### 382 *De las cosas corporales é incorporal.*

efluvios afecten las estremidades interiores de la nariz. Por tanto, haciéndose por el contacto todas las sensaciones, juzgaban los estóicos que tambien podian reducirse á solo un sentido, á saber: el tacto. Luego cuando dicen que cosa corporal es la que puede tocarse, es como si dijeran, que cosa corporal es la que viene á parar en los sentidos, ó se percibe por ellos. Luego todas las cosas materiales son corporales; é incorporales, al contrario, las que consisten en algun derecho, por ejemplo, el de cazar, el de dominio, las servidumbres, obligaciones; pues todas estas cosas no se perciben con ningun sentido, aunque sus efectos esten á la vista, y bajo la jurisdiccion de otros sentidos. Con esto puede decidirse fácilmente la cuestion, de si el dinero es cosa corporal, ó no; respondiendole que la misma materia, esto es, el oro, la plata, el cobre sellado que llamamos dinero, sin duda que es corporal, pues se percibe con los sentidos. Mas el valor ó precio interno que se da á la moneda, es cosa incorporal, pues no puede verse, oirse, tocarse, ni percibirse con ningun otro sentido, sino solamente con el entendimiento.

#### §. CCCLXXXVIII.

Hemos visto qué cosas sean corporales é incorporales: es menester investigar su naturaleza é índole, esto es, qué sea justo acerca de las cosas incorporales, y qué tengan de especial respecto de las corporales. De la misma definicion se infiere: 1) que las cosas incorporales no pueden poseerse. Pues poseer una cosa es retenerla, introducirse en ella, custodiarla; cosas que no tie-

nen cabida en las incorporales. Pero no obstante, como las cosas incorporales ó derechos son nuestros, se dice que se cuasi poseen cuando usamos de ellas, ó tenemos facultad de hacerlo. 2) Las cosas incorporales no se entregan, sino que se cuasi entregan, como lo hemos explicado al §. 381. 3) Las cosas incorporales no están en dominio; pues habiendo definido á este §. 335, que es un derecho en cosa corporal, no podemos decir que el derecho de prenda, la servidumbre, la obligacion están en mi dominio; sin embargo, como los derechos y las obligaciones nos hacen mas ricos, y no están destituidos de precio, se dice que están en nuestros bienes; sobre cuyo asunto hay un elegante pasaje en la *L. 49. ff. de V. S.*

### §. CCCLXXXIX. CCCLXC.

Las cosas corporales se subdividen de nuevo en *muebles y raices*. 1) Muebles se dicen, ó bien las que ellas mismas se mueven por su virtud interior, por ejemplo, los siervos, los animales, que tambien se llaman semovientes, ó las que pueden trasladarse sin detrimento de un paraje á otro, por ejemplo, los carruajes, el ajuar de casa, libros. 2) Raices se llaman, bien (a) las que físicamente no pueden moverse sin arruinarse, por ejemplo, tierras, prados, edificios; bien (b) las que constituyen parte de las raices, por ejemplo, las cosas inseparables de los edificios, puertas, ventanas, las cuales en nuestro derecho se llaman cosas fijas, y se oponen á las manuales, *L. 17. §. 6. L. 6. §. 2. de act. semt. vendit.*; que están destinadas para perpétuo uso de los bienes raices, como los lagares, cubas grandes de vino, y otras cosas de este jénero.

## TITULO III.

*De las servidumbres de los prédios.*

## §. CCCXCI.

Vistas las cosas corporales á incorporales, sigue la doctrina de las servidumbres. No entendemos aqui por servidumbre aquella de que hemos tratado en el libro I, cuando la persona sirve á la persona, y está á ella sujeta, sino cuando está obligada la cosa, cuya servidumbre siendo un derecho, y perteneciendo estos á las cosas incorporales, no es extraño que al tratado de estas en jeneral, siga el de servidumbre.

## §. CCCXCII.

Es, pues, la servidumbre un derecho constituido en cosa ajena, por el cual el señor de ella se obliga á permitir algo en su cosa, ó no hacerlo en utilidad de otro. Decimos: 1) que la servidumbre es un *derecho*, á saber: respecto de aquel que tiene la servidumbre; pues con relacion al que la presta, es una obligacion ó carga. 2) Observamos que la servidumbre es un *derecho in re*; pues arriba en el §. 334 referimos la servidumbre á la cuarta especie de *derecho in re*. Y ciertamente, si tengo algun derecho en los edificios del vecino, no está este obligado, sino su misma cosa; esto es, el edificio. Decimos ademas: 3) que la servidumbre es un *derecho en cosa ajena*, pues nunca la cosa propia sirve á su señor. Asi, por ejemplo, si puedo sacar agua del pozo del vecino, es servidumbre; mas luego que adquiero el prédio del veci-

no, en el que está el pozo, se acaba la servidumbre, porque el pozo no está ya en cosa ajena, sino en propia mia. Luego no saco ya el agua por derecho de servidumbre, sino de dominio. Tambien conviene saber si el derecho que tengo en cosa ajena es perpétuo, ó solo concedido por algun tiempo. En el primer caso es servidumbre, no en el segundo. Asi, por ejemplo, si tomo en arriendo un prédio, puedo tambien usar del pozo, y sacar agua de él, y sin embargo de eso no tengo servidumbre. Añadimos: 4) *por el cual el señor de ella se obliga á permitir algo en su cosa, ó no hacerlo en utilidad de otro*; en lo cual consiste la esencia de la servidumbre, á saber: en *permitir ó no hacer*. Por ejemplo: si tengo derecho de sacar agua del pozo del vecino, este está obligado á permitir una cosa, de que en otro caso estaría libre. Y si consigo del vecino que no levante mas su edificio, se obliga á no hacer una cosa que de otro modo podria como dueño que es. Luego siempre se obliga el que debe la servidumbre, á permitir ó no hacer alguna cosa. Se pregunta, si la servidumbre no puede tambien consistir en hacer algo; lo cual se niega por la *L. 6. §. 2. ff. serv. vind.*; donde dice Ulpiano, *que la servidumbre no puede imponerse de suerte que uno se obligue á hacer alguna cosa*. Y á la verdad, si alguno, por ejemplo, prometiese al vecino que le repoudria su edificio, no seria servidumbre, sino una obligacion personal, y por tanto, no un derecho *in re*, sino *ad rem*. En cuanto á lo demas de esta definicion, fácilmente se demuestra de cuantas maneras sea la servidumbre. Las *cosas sirven á la persona, ó á otra cosa*. Si lo primero, la servidumbre se llama perso-

### 586 *De las servidumbres de los prédios.*

*nal*; si lo segundo, *real* ó *predial*. Si, por ejemplo, el marido al tiempo de morir constituye el usufructo de sus bienes para su mujer, los prédios de aquel sirven á esta, y por tanto la servidumbre del usufructo es personal. Al contrario, si la pared del vecino debe recibir mi madero, esta servidumbre es real, porque el prédio sirve al prédio. Las personales son cuatro: usufructo, uso, habitacion, y el trabajo de los siervos, de las que se tratará en los títulos siguientes. Tambien estas servidumbres se diferencian en el efecto; pues en las personales, sirviendo las cosas á la persona, tambien se estingue con esta la servidumbre, las reales al contrario, como que la cosa en ellas sirve á la cosa, duran mientras que existan las cosas, ó los prédios, aunque hayan espirado las personas en cuya utilidad fueron constituidas las servidumbres.

#### §. CCCXIII. CCCXCIV.

En este título se trata de las *servidumbres reales*, que tambien se llaman *prediales*, porque no se constituyen en las cosas muebles, sino en las raices. Sirviendo en ellas siempre el prédio al prédio, el que lleva la utilidad se dice *predio dominante*; y el que sufre la carga en provecho de aquel, *predio sirviente*. Por ejemplo, si apoyo un madero de mi edificio en el prédio del vecino, mi prédio será dominante, y el del vecino que sufre mi madero, *sirviente*. La servidumbre siempre recibe el nombre del prédio dominante. Y asi, si este es *predio rústico*, se llamará la servidumbre de *predio rústico*, y si urbano, servidumbre de *predio urbano*. Por tanto, se pre-

gunta señaladamente, cuales son prédios urbanos, y cuáles rústicos. El célebre Westemberjio juzga que todos los edificios son prédios urbanos, y los fundos predios rústicos, probándolo con la ley 198. ff. de V. S. Mas en la misma ley se dice que las huertas unas veces son prédios rústicos y otras urbanos, y no obstante las huertas no son edificios, sino fundos. El famoso Noodt, fundado en la ley 3. ff. de servit., opina que los prédios rústicos consisten en el suelo, los urbanos en la superficie. Mas tampoco esto es corriente. Pues aquella ley no habla de los prédios, sino de las servidumbres, ni dice que consistan las rústicas en el suelo, y las urbanas en la superficie, sino solamente que unas servidumbres están puestas en el suelo, y otras en la superficie. Por tanto, los prédios rústicos y urbanos toman su denominacion segun el uso á que se les destina, L. 198. ff. de V. S.; donde claramente se lee, *que el sitio no hace á los prédios urbanos, sino la materia*. Luego si el predio está destinado á los usos económicos de la ganadería ó de la agricultura, se le considera rústico; ya esté situado en la ciudad, ya en el campo: y si el predio está destinado á la habitacion y al placer, será urbano, bien este situado en el campo, ó en la ciudad. Asi, por ejemplo, el edificio en que habitamos es urbano, aunque esté construido en la campaña: al contrario, el edificio en que recojemos los frutos, como un horreo, se conceptua rústico, aunque esté colocado en medio de la ciudad. De manera, que la huerta cultivada por recreo, es predio urbano, y en la que solamente se planta hortaliza ó frutas, será predio rústico, L. 198. ff. de V. S.

## §. CCCXCV.

Con estos antecedentes se entenderán fácilmente los axiomas. Primero *toda servidumbre es en cosa ajena*. Pues cuantas veces uso de cosa mia, otras tantas lo hago, no por derecho de servidumbre, sino de dominio, por lo que hemos dicho al §. 392. Segundo axioma: *ninguna servidumbre consiste en hacer, sino en permitir, ó no hacer*. Pues por otra parte, el dueño puede hacer en sus cosas lo que le agrada, y no está obligado á conceder á otro ningun derecho en ellas. Por tanto, si se obliga á no hacer, á permitir algo, entonces sirve su cosa. Cuando se obliga á permitir algo, la servidumbre es *afirmativa*, por ejemplo, la de introducir el madero, la de luz, de sostener la carga, etc.; mas si se obliga á no hacer alguna cosa, la servidumbre es *negativa*, por ejemplo, la de no impedir la luz, no levantar mas alto, etc. Axioma tercero: *todas las servidumbres son individuales*. Pues las servidumbres son un derecho, y este no puede dividirse. Asi no puede concederse la mitad del derecho de senda, carretera, etc. Cuarto axioma: *la causa de la servidumbre debe ser perpétua*. La razon es, porque las servidumbres se conceden con el fin de que use de ellas el vecino cuando guste. Es asi que si la causa no es perpétua, no puede el vecino usar de ella siempre que quiera. Luego no será servidumbre. Por esto puedo, por ejemplo, conceder á alguno el sacar agua del pozo ó fuente, porque el agua es alli perenne y perpétua; mas no de la cisterna, donde suele faltar el agua cuando no llueve. De que tenemos un elegante ejemplo en la *L. 28. ff. de ser. praed.*

*urb.*; donde se pregunta, si concediendo al vecino el tener abierto en mi pared un agujero para lavar su pavimento, será esta servidumbre? se responde que no, á no ser que llegue agua de lluvia, porque de otro modo la causa no es perpétua.

§. CCCXCVI.

Con esto fácilmente podemos entender con qué pacto se constituye la servidumbre, distinguiendo entre el derecho *in re* y *ad rem*. El derecho *ad rem* se puede adquirir, 1) por pacto ó estipulacion, si alguno me promete concederme servidumbre en su cosa. 2) Por última voluntad, alguno me lega por testamento ó codicilo el derecho de sacar agua, de luz, de senda, etc. 3) Por prescripcion, si uso por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, de algun derecho en cosa ajena. Pero en el primer caso no tengo sino derecho *ad rem*. La persona del promitente ó heredero me está obligada, no la misma cosa; y asi es que solo tengo una accion personal, no real. Mas si pregunto, por qué pacto adquiero el derecho *in re*, se responde que por la subsiguiente cuasi tradicion. Decimos *cuasi* tradicion, porque la servidumbre es un derecho, y por tanto una cosa incorporal; y de consiguiente no se puede entregar propiamente, si *cuasi entregarse*: la cual cuasi tradicion se hace por el uso de uno y la tolerancia de otro. Por ejemplo, si se me ha concedido el derecho de sacar agua del fundo del vecino, y yo saco agua para mi, consintiéndolo aquel, entonces se entiende que se me ha entregado la servidumbre, y desde este tiempo tengo un derecho *in re*, y por tanto una accion real contra cualquiera poseedor.

### 390 *De las servidumbres de los prédios.*

No obstante , hay una escepcion en la servidumbre constituida por última voluntad ; pues en este caso se adquiere el derecho *in re* sin la tradicion, al punto que muere el testado §. 329; y por consiguiente puede pedirse por accion real la servidumbre legada en cuanto muere el testador, §. 80. *ff. de legat. L. 64. ff. de furt.*

#### §. CCCXCVII.

Ni es ya menos claro , quién esté obligado á la reparacion , si tengo una servidumbre en cosa ajena. Por ejemplo: tengo el derecho de acueducto por el fundo del vecino ; las canales se han roto , y necesitan componerse ; quién debe de costear esta reparacion , yo ó el vecino? Se responde: el dueño del prédio dominante está obligado siempre al restablecimiento , L. 15. §. 1. *ff. de servit.* La razon se deriva de nuestro axioma 2. §. 395. Pues la servidumbre no puede consistir en hacer, sino en no hacer ó permitir. Es asi que si reedificase el dueño del prédio sirviente , haria algo ; luego el del prédio dominante está obligado á la reparacion.

#### §. CCCXCVIII.

Ultimamente , con el tercero axioma , que la servidumbre sea indivisible , fácilmente se disuelve la cuestion , si la servidumbre puede constituirse por parte ; lo cual se niega , porque el derecho , como cosa incorporal , no puede admitir division. Quién , pregunto , constituiría á favor de alguno la mitad del derecho de prenda , de la servidumbre de senda , de carretera , de sacar agua? En verdad que ni aun puede entenderse lo que

sea esto. Otra cosa es si preguntamos, si el uso de la servidumbre admite division; lo que se afirma. Pues puede dividirse el uso, 1) por razon del modo, por ejemplo, te concedo el paso, mas de suerte que no puedas ir sino con solo un caballo, y no con carro cargado, L. 4. §. 1. ff. de serv. 2) Por razon del tiempo, concediéndole, por ejemplo, el derecho de apacentar los ganados, pero solamente antes del medio dia, ó un dia sí y otro no, L. 3. §. 1. ff. h. t.

### §. CCCXCIX. CD. CDI.

Basta lo dicho de las servidumbres en jeneral: ahora corresponde tratar de cada una de ellas con particularidad. Y habiéndolas dividido en servidumbres de prédios urbanos y rústicos, se hablará primero de las *servidumbres de los prédios urbanos*; tales son:

I. La servidumbre de *sufrir carga* (*Oneris ferendi*) cuando la columna ó pared del vecino tiene que sostener mi edificio. Por ejemplo, Fig. 24. *Lám. II.*, si la pared *A* es de Juan, y mio el edificio *B*, el prédio de aquel me presta la servidumbre de llevar el peso. Aqui la principal cuestion es, quién está obligado á restablecer la pared ó columna sirviente? Vulgarmente responden los doctores, que la reparacion incumbe al dueño del prédio sirviente por la L. 6. §. 3. ff. si serv. vind., y repugnándolo lo dicho al §. 397, suelen llamar á esta servidumbre *anómala*; esto es, irregular. Mas á la verdad, no manifiesta esto dicha L. 6. Pues en ella no se pregunta si ordinariamente está obligado el señor de la pared á su reedificacion, sino si en virtud de pacto se le puede estrechar

### 392 *De las servidumbres de los prédios.*

á ello. Negábalo Galo Aquilio, porque semejante pacto repugna á la naturaleza de la servidumbre. Otros afirmaban que era válido, porque el señor de la pared debe imputarse á sí lo que haya prometido, á mas de que siempre le queda salvo el derecho de abandonar la pared si no la quiere levantar. Lo que ciertamente es muy verdadero. Mas pregunto, quién de allí infiere que ordinariamente incumbe la reparacion al dueño del prédio sirviente, aunque no lo haya prometido? Es, pues, digno de admirarse que hasta varones muy doctos, como de concierto, hayan admitido este error.

#### §. CDII.

II. *La servidumbre de meter una viga (Tigni immittendi)*, otra de las urbanas, es un derecho por el que permite el vecino que metida mi viga en su pared, descansa en ella. Mas en nuestra legislación no se entiende solamente por viga un madero, sino cualquier materia de que constan los edificios, como piedras, hierro, etc. L. 1. §. 1. ff. de tigno junt. L. 62. ff. de V. S., donde se manifiesta en qué se diferencia esta servidumbre de la anterior. Pues en aquella descansa en la pared ó columna del vecino todo mi edificio, y en esta solamente está introducida una viga.

#### §. CDIII.

III. *La servidumbre de volar (projiciendi)*, es un derecho por el cual sufre el vecino que pueda yo levantar sobre su área parte de un edificio, de manera que no descansa en ella, y solo la amenaza. Tales partes que vuelan ó salen fuera del edi-

ficio, se llaman en nuestro derecho *Meniana*, ó *suggrundia*; esto es, aleros ó canelones, L. 242. §. 1. ff. de *V. S.* Tenemos el ejemplo en la *Fig. 25. Lám. II.*, donde *A* es la area del vecino Pedro, y *B* es mi edificio, y *C* son los aleros que amenazan la superficie de Pedro; pero no se apoyan en ella.

IV. *La servidumbre de cobertizo (protegenti)* es el derecho de tener una galería ó pasadizo cubierto, dirigido á arrojar las aguas, é impedir que se maltraten las paredes. En la *Fig. 26. Lám. II.* *A* es la area del vecino, *B* mi edificio, *C* el cobertizo.

#### §. CDIV.

V. *La servidumbre de recibir las aguas de los tejados (stillicidii recipiendi)*, es el derecho por el cual el prédio vecino se obliga á recibir las aguas que caen de nuestros tejados.

VI. *La servidumbre de no recibir aguas de los tejados (stillicidi non recipiendi)* es cuando permiten los estatutos que caiga el agua de los tejados en el fundo del vecino; pero sin embargo este me lo prohíbe. Por ejemplo (*Fig. 27. Lám. II.*), *A* es la area del vecino, *B* el tejado de donde caen mis aguas. Si el vecino está obligado á sufrirlo, tengo la servidumbre de recibir las aguas del tejado; al contrario, si por las leyes de policía se me permitiese verter las aguas de mi tejado *B*, sobre la area *A* del vecino, y este sin embargo me lo prohibiese, fuera de esta servidumbre de no recibir aguas. Por tanto, fácilmente entenderemos cual es la servidumbre VII, de *recibir las aguas del canelon del tejado (fluminis recipiendi)*, y la VII, de *no recibirlas. (non recipiendi)* Pues el agua de

### 394 De las servidumbres de los prédios.

las tejas y de los canelones, se diferencia de mas al menos. La primera el agua que cae destilando, y gota á gota; la segunda cae recojida en grandes canales. La primera cae con pausa y en muchas veces, la segunda con ímpetu.

#### §. CDV.

IX. *La servidumbre de no levantar mas alto (altius non tollendi)*, es un derecho por el cual el vecino para comodidad de mi edificio se obliga á no levantar mas alto el suyo. El uso de ella es especialmente si tengo las ventanas *A* abiertas (*Fig. 28. Lám. II.*) en la superior contignacion *D*, las cuales quedarian á obscuras si el vecino levantase su edificio *C*.

X. Al contrario es la servidumbre de *levantar (altius tollendi)*, la mas difícil de todas de comprender. Pues levantar cuanto quiera mi edificio, es cosa que pertenece á mi libertad natural. Y si por la libertad natural se me permite elevar mi edificio cuanto guste, es consiguiente que no necesito alcanzar servidumbre del vecino. De aqui es que juzga Pagenstechero, que si tengo derecho de levantar (*Fig. 29, Lám. II.*) en la casa *A* del vecino, y por tanto *A* sea la casa del vecino, *B* la mia, *C* la contignacion del vecino puesta sobre el edificio, seria entonces esta servidumbre de edificar mas alto. Pero sin duda se equivoca en esto aquel esclarecido varon. Pues si yo puedo trabar los cuartones de mi edificio sobre el del vecino, no es servidumbre de levantar mas alto, sino de sufrir la carga. Luego parece mas probable la opinion de aquellos que suponen, que por las ordenanzas de la poblacion se prohi-

be levantar los edificios mas que á cierta estension sin la voluntad del vecino; en cuyo caso, si este me permite elevar mi edificio mas que lo que la ley me concede, entonces tengo la servidumbre de edificar mas alto. Y ciertamente que semejantes estatutos los hubo antiguamente en Roma y Constantinopla, como se ve en nuestras *Ant. Rom.* L. 2. t. 3. §. 7.

## §. CDVI.

XI. Sigue la *servidumbre de luces*, y tambien XII.) la *servidumbre de no quitar la luz*, (*Luminum*) (*Ne luminibus officiat*). Para intelijencia de ambos se han de tener presentes dos cosas: 1) que ninguno puede abrir ventanas sino que en su pared: 2) cualquiera puede ciertamente abrir en su pared las ventanas que guste; mas tambien se le permite al vecino quitarlas la luz edificando, L. 8. §. 5. ff. si serv. vind. L. ult. §. ult. de servit. Si, pues, consigo de mi vecino el abrir ventanas en su pared, tengo la servidumbre de luz; si en mi pared tengo ventanas que caen á la area del vecino, y este me promete no quitarlas la luz edificando, esta servidumbre se llama de no impedir la luz.

## §. CDVII.

Son diferentes de estas la servidumbre XIII, de la vista, y la XIV, de no impedir la vista, (*Prospectus*) (*Ne prospectui officiat*). La primera es cuando se me permite mirar á la area del vecino, ó por medio de ella á un lugar mas lejano. Si no solamente se me permite esto, sino que me promete el vecino no quitarme las vistas, esta ser-

### 396 De las servidumbres de los prédios.

vidumbre se llama de no impedir la vista. Por tanto, hay grande diferencia entre la servidumbre de la luz, y de la vista. Pues 1) en la servidumbre de la luz, pueden estar cerradas las ventanas; en la de la vista deben estar abiertas. 2) En aquella se requiere la contigüidad de los prédios; esta puede constituirse tambien por un vecino lejano. 3) Los árboles plantados delante de las ventanas y á su altura, no perjudican á la servidumbre de la luz, mas impiden la de la vista. Véase la L. 12. ff. de serv. urb. praed.

#### §. CDVIII. — CDX.

Hasta aquí de las servidumbres de los prédios urbanos. Siguen las de los *prédios rústicos*, de las que son tres las principales: 1) senda ó camino peonil (*Iter*): 2) camino de herradura (*Actus*): 3) carretera (*Via*). Todos convienen en poder atravesar por el fundo ajeno; sin embargo, se diferencian 1) en el uso. Si tengo la servidumbre de senda, puedo ir, pasear á pie, mas no llevar caballería ni carretoncillos. L. 1. pr. de serv. praed. rust. Si tengo la de camino de herradura, puedo ir, pasear, llevar caballería y carretoncillos; pero no las demas especies de carruajes. Si tengo la de camino carretero, puedo pasar con cualquier clase de carruajes. Algunos creyeron que no habia ninguna diferencia entre las servidumbres de *Actus* y *Via*, puesto que en una y otra se podian llevar carruajes. Mas Cornel. van Bynkersh. *ob-serv.* 4, fue el primero que distinguió con cuidado, que en la definicion del camino de herradura debe entenderse carros que se gobiernen con la mano; y en la de carretera toda clase de car-

ruajes. Tambien se diferencian estas servidumbres 2) en su anchura. El que tiene la de carretera puede usar de ocho pies en lo recto, y diez y seis en lo tortuoso; y tanta altura, que pueda conducirse sin impedimento una lanza levantada, esto es, un carro cargado; de manera, que si hubiese alli árboles, cuyas ramas impidiesen el transporte, puede el poseedor del prédio dominante cortarlas hasta cierta elevacion, L. 7. §. 8. ff. eod. El camino de herradura tenia de ancho cuatro pies; lo cual sabemos por Varron, de LL. l. 4. En quanto á la senda no consta hoy cuanta anchura tenia; pero es verosimil que fuese de dos ó tres pies. Ultimamente, se diferencian estas servidumbres en su mútua relacion. El que tiene la de carretera, goza ademas de la de camino de herradura y senda; el que tiene el camino de herradura, usa de la senda, pero no de la carretera; y el que tiene la senda, no goza del camino de herradura, ni de carretera. La razon se halla en la L. 21. ff. de R. J. *A quien se permite lo mas, no debe negársele lo menos.*

### §. CDXI. CDXII.

Las demas servidumbres de prédios rústicos se entenderán por sus mismos nombres. Asi, 4) la servidumbre de *sacar agua*, es cuando tenemos derecho de sacar agua de la fuente ó pozo del vecino. 5) La de *acueducto*, cuando podemos conducir el agua del fundo vecino, ó por fundo ajeno. 6) La de *abrevadero*, cuando gozamos el derecho de llevar á beber nuestros ganados á las aguas del vecino. 7) La de *apacentar*, cuando po-

### 598 *De las servidumbres de los prédios.*

demos llevar á pacer nuestros ganados en los campos del vecino. Luego no es servidumbre sino *derecho comun de apacentar*, si dos ó mas se convienen en apacentar juntos sus ganados en terrenos que hacen comunes. Pues este derecho es precario y revocable, y aquel irrevocable por ser servidumbre. 8) La de *cocer cal*, cuando sacamos del terreno ajeno piedras calizas. 9) La de *cabar arena*, cuando se me permite sacarla del terreno del vecino. 10) La de *sacar greda*, si puedo hacerlo en fundo ajeno. De modo que pueden ser infinitas las servidumbres de los prédios rústicos, segun la diversa índole de las cosas rústicas, y la necesidad é indijencia de cada jefe de familia; debiendo ademas observarse que en las servidumbres de los prédios rústicos se han de examinar con cuidado los pactos con que se constituyen. Pues si, por ejemplo, concedo al prédio del vecino sacar agua, será servidumbre predial; y si se lo permito á la persona del vecino, será la servidumbre personal. En el primer caso el derecho estará perpétuamente inherente al prédio; en el segundo espirará con la persona, igualmente que el usufructo, el uso y la habitacion. Y asi vemos se observa, *L. 14. §. ult. ff. de alim. legat.*

#### §. CDXIII.

Resta ver como se acaban las servidumbres; porque si bien, considerada su naturaleza, no son un derecho momentáneo, sino perpétuo, como todos los derechos *in re*, §. 333, sin embargo, puede suceder por algun accidente que se concluyan.

Lo cual se verifica, 1) por *consolidacion*, que es cuando el señor del prédio sirviente y dominante llega á ser uno mismo. Entonces ciertamente se estingue la servidumbre, por el principio que hemos explicado al §. 392, de que las cosas no pueden servir á su dueño. Tambien da fin 2) con la *remision*. Pues constituyéndose la servidumbre para utilidad del prédio dominante, §. 392., y pudiendo cada uno renunciar al derecho introducido en su favor, es consiguiente que, si renuncia el poseedor del prédio dominante á su derecho, cese la servidumbre. 3) *Por el no uso* de diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Debiendo observarse esto universalmente en todos los derechos que pueden adquirirse y perderse con la prescripcion. Mas hay algo de singular en las servidumbres de los prédios urbanos; y es, que en ellos no basta solamente el no uso, sino que el otro debe tambien usucapir la libertad. Asi, por ejemplo, si tengo el derecho de meter una viga en la pared del vecino, y mi edificio se arruina con un incendio, no basta para perder la servidumbre que en diez años no meta ya la viga, sino que debe tambien el vecino cerrar el agujero. Y si entonces yo callo por diez años, pierdo la servidumbre, *L. 6 §. 7. de serv. urb. praed.* 4) Se estingue tambien la servidumbre *pereciendo el prédio sirviente*. Porque siendo derecho *in re*, §. 392, es consiguiente, que estinguida la cosa, espire tambien el derecho fundado sobre ella. Con todo, restituido el prédio á su antigua forma, tambien revive la servidumbre, á no ser que entretanto se haya quitado por la prescripcion, *L. 20. §. 2. ff. de serv. urb. praed.*: por ejemplo: quemado el prédio en cuya pared está metida mi viga, con-

#### 400 *De las servidumbres de los prédios.*

cluyó la servidumbre. Mas si el vecino reedifica el prédio, puedo volver á meter la viga, á no ser que en el ínterin haya perdido el derecho por la prescripcion.

# NOTAS

DEL TOMO PRIMERO.





## PROEMIO.



PAG. 44. lin. 17. (*no quisiera abrumar*). Aquí viene bien aquel axioma de Séneca: *Non multa, sed multum*.

§. II. al fin, páj. 46. = Varias son tambien las tentativas que en distintas épocas se hicieron en España para metodizar nuestra legislación. El santo rey don Fernando, su sábio hijo Don Alonso, Felipe II, Carlos III y Carlos IV serán siempre citados con reconocimiento en la historia de nuestras leyes. Si los resultados hubiesen correspondido á sus grandiosas intenciones, no nos viéramos hoy enmarañados entre leyes confusas, innumerables y contradictorias, y disfrutáramos de una legislación clara, breve y uniforme. Esta época parece haber llegado. Un dia mas sereno amanece á nuestra jurisprudencia, y la grande obra de su reforma estaba reservada para el reinado de nuestro actual Monarca. Algunos ramos de nuestra legislación se acaban de arreglar, y otros se están organizando. El código mercantil está promulgado; el criminal se está disponiendo por orden de S. M.; y quién duda que tras estos deben ir los demas necesarios para componer un cuerpo legislativo acomodado á nuestras actuales costumbres y á las necesidades de este siglo?

§. III. páj. 50. lin. 5. (*adoptó al hijo de una hermana suya*). Así lo afirman escritores que florecieron despues de aquella época; mas como los contemporáneos guarden silencio acerca de esto, y los argumentos que se suelen producir sobre este punto nada prueben, creemos infundada y desatendible esta opinion. (Véase á Heinecio, *Dictata ad instit.* §. 3.)

§. V. páj. 56. lín. 3 y 4. (*el revisado ó Repetitae Praelectionis*). Por este estilo tenemos tambien en España la Novísima Recopilacion de leyes, que viene á ser la Recopilacion *Repetitae Praelectionis*, si se compara con la nueva recopilacion, con la diferencia que la Novísima Recopilacion es un código defectuosísimo, lleno de leyes desusadas, de otras que pertenecen á las ordenanzas principales de los pueblos, algunas de ellas truncadas; atestado de anacronismos y falto de muchas leyes que pertenecen á la esencia de la constitucion del estado. (Véase á Marina, *Juicio critico de la Novísima Recopilacion*.)

§. VI al fin. páj. 57. Nuestro modo de citar por regla jeneral es poner, 1.º el número de la ley: 2.º el del título; y 3.º segun que corresponda, ó el número de la partida, ó el del libro, con el nombre del código á que se quiere hacer referencia. Ejemplos: L. 3. tit. 4. lib. 5. del Fuero Juzgo. = L. 7. tit. 9. Partida 4. = L. 6. tit. 1. lib. 4. del Ordenamiento Real. = L. 7. tit. 4. lib. 10. de la Novísima Recopilacion. Y si se trata de reales cédulas ó decretos, se espresa la fecha con que se espidieron y el capítulo. V. gr.: real cédula de 31 de Mayo de 1789, cap. 4. etc. etc.

§. XI y XII. al fin. páj. 64. Tampoco carecemos en España de *novelas*, y como tales pueden mirarse los decretos, órdenes y resoluciones de S. M. que todos los dias están saliendo, y de que ya hay una voluminosa *coleccion* que comprende desde el año de 1814 hasta el de 1827.

§. XV. páj. 68. lín. 1. (*pero no hacerlas, leyes.*) Tampoco en España puede nadie mas que el Rey establecer leyes. La L. 12. tit. 1. Part. 1. dice: «Emperador ó rey puede facer leyes sobre las gentes de su señorío, é otro ninguno no ha poder de las facer en lo temporal: fueras ende si lo ficiesen con otorgamiento dellos, é las que de otra manera fueren fechas no han nombre ni fuerza de leyes, ni deben valer en ningun tiempo.» Véase tambien la L. 2. tit. 1. Part. 2. y la L. 3. tit. 2. lib. 3. *Nov. Recop.*

§. XVI. páj. 71. lín. 23. (*lo que no deja de ser frecuente*). Sirvan de ejemplo la *Aut. bona damnatorum*, *Cod. de bonis proscripto*, la *Aut. ex causa*, *Cod. de liber. prae-*

*terit. et exhered.:* la Aut. *haec ita*, Cod. *de verbor. oblig.*; y la Aut. *sed hodié*, Cod. *de judiciis*.

§. XVII. páj. 71. lín. 27. (*no á los estraños*). Los que vivieren por algun tiempo en el reino del lejislador, deben contratar y pleitear segun las leyes de las provincias, á no ser si contrajesen sobre raices sitos en otras; y segun las leyes del señorío donde se cometiere un delito, debe ser juzgado el delincuente, *L. 15. tit. Part. 1.*

§. XVII. páj. 72. lín. 9. (*tiene autoridad el derecho justiniano*); y lín. 20 y 21. (*deberán los jueces recurrir subsidiariamente al derecho romano*. = Nada de esto sucede en España. En la *L. 8. y L. 9. tit. 1. lib. 2. del Fuero Juzgo* se prohíbe bajo ciertas penas el uso y alegacion de las leyes romanas, cuya prohibicion se repite en la *L. 5. tit. 6. lib. 1. del Fuero Real*. = El sábio autor de las Partidas en la *L. 6. tit. 4. Part. 3.*, hablando de los jueces, dice: «Que los pleitos que vinieren ante ellos, los libren »bien é lealmente lo mas aina que pudieren, é por las »leyes de este libro é non por otras.” Con lo cual quiso darnos á entender que estrañaba de sus dominios las leyes romanas, del mismo modo que lo habian hecho sus antepasados. = La *L. 3. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.* (1.<sup>a</sup> de Toro) espresa el órden en que valen y se deben alegar las leyes de los diferentes códigos civiles del reino, y segun ella los pleitos se deben determinar en primer lugar por las leyes de la *Nov. Recop.*, y en falta de estas por los fueros que esten en uso, y por las leyes de Partida. Esto mismo se halla confirmado por la *Pragmática Sancion del Señor Felipe II de 14 de Marzo de 1567*; siendo digno de advertirse que en ninguna de estas partes se hace mencion de las leyes romanas. = El auto acordado *de 4 de Diciembre de 1713*, ponderando el abuso de citar autores estrañeros, prefiriéndolos á los nuestros, y el error en alegar leyes civiles ó romanas y canónicas que entre nosotros no tienen fuerza alguna por sí, dice: «Lo que es mas intolerable, es que les parece que en los tribunales reales »se debe dar mas estimacion á las leyes civiles y canónicas... que á las leyes, ordenanzas, pragmáticas, estatutos y fueros de estos reinos; siendo asi que las civiles »no son en España leyes, ni deben llamarse así, sino sen-

» tencias de sábios, que solo pueden seguirse en defecto de  
 » ley, y en cuanto se ayudan por el derecho natural y con-  
 » firman el real, que propiamente es el derecho comun, y  
 » no el de los romanos, cuyas leyes ni las demas estrañas  
 » no deben ser usadas ni guardadas, segun dice espresamente la *L. 8. tit. 1. lib. 2. del Fuero Juzgo*; y la glosa  
 » de su comentador Alfonso de Villadiego y otros refieren  
 » hubo ley en España que prohibia con pena de la vida ale-  
 » gar en juicio alguna ley de los romanos...» = Por el mismo *auto* y la *L. 1.<sup>a</sup> de Toro* se ve que en ocurriendo duda sobre alguna ley real, ó en falta de esta, se ocurre al príncipe para que interprete y provea. = La *L. 3. tit. 2. lib. 3. Nov. Recop.* (2.<sup>a</sup> de Toro) manda á los juriscosultos dedicarse principalmente al estudio de las leyes españolas; *pues por ellas*, dice la ley, *y no por otras han de juzgar*, = A pesar de todo lo dicho, la alta importancia del estudio del derecho romano queda demostrada en el prólogo de esta obra. = El *decreto del señor Felipe V de 1713*, y el *auto acordado de 29 de Mayo de 1741* mandan se enseñe el Derecho español en nuestras universidades, donde se habia de permitir el estudio de las leyes romanas *para mayor ilustracion y noticia del que fuese aplicado*. Y finalmente, sabido es que en la carrera de las leyes se exige estudiar Derecho romano por el novísimo plan de estudios de 14 de Octubre de 1824.

## LIBRO PRIMERO.



§. XIX. páj. 74. lín. 30 y 31. (*voluntad constante y perpétua*, etc.) Esta definicion está tomada, segun dice Heinecio, de la filosofía estóica, cuyos sectarios consideraban la justicia como un hábito contraído; y por consiguiente atendiendo á que un hábito no es mas que el resultado, la repeticion de unos mismos actos, creian que el que una vez obraba en sentido contrario á los preceptos de la justicia, ya nunca podia ser justo. Este modo de discurrir es falso por varios conceptos, aun tratándose de la justicia

moral; pero mucho mas lo será si se quiere aplicar á la justicia civil, que es la que debe formar el objeto del legislador y del jurista, como demuestra claramente nuestro autor. La definicion, pues, que da Heinecio de la justicia es la que debe tenerse presente en unas instituciones civiles, y no la que dió el emperador Justiniano llamándola *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, ni la de nuestro rey D. Alonso el sábio, que en la *L. 1. tit. 1. Part. 3.* la define diciendo, ser «Raigada virtud que «dura siempre en las voluntades de los omes justos, é da «é comparte á cada uno su derecho igualmente.» Cuyas dos definiciones enteramente iguales en su sentido, es evidente que solo se refieren á la justicia moral que está fuera de los resortes de la jurisprudencia.

§. XXII al fin, páj. 80. = La misma doctrina de los tres preceptos del Derecho tomada del Derecho romano, está consignada en la *L. 3. tit. 1. Part. 3.*, que dice así: «Segund departieron los sábios antiguos, justicia tanto «quiere decir, como cosa en que se encierran todos los derechos de qual natura quier que sean. E los mandamientos de la justicia é del derecho son tres. El primero es, «que ome viva honestamente quanto en sí. El segundo, «que non faga mal nin daño á otro. El tercero, que dé su «derecho á cada uno. E aquel que cumple estos mandamientos face lo que debe á Dios, é á sí mismo, é á los omes «con quien vive, é cumple é mantiene la justicia.»

§. XXIV y XXV, páj. 82, lín. 25 y 26. (*conocimiento de las cosas divinas y humanas*). = A propósito de esta definicion dice Barbadiño en la carta XXIII. «No quiero salir de la mas celebre, que es la de la jurisprudencia, la cual dió Ulpiano, y repite Justiniano en las instituciones: *Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*. Esta definicion ha quebrado la cabeza á los jurisconsultos que por bien ó por mal quieren que sea buena. Si Ulpiano parase en decir que era ciencia de lo justo é injusto, se podia perdonar; pero decir que comprende las cosas divinas y humanas, es querer que la llamemos enciclopedia, ó para decirlo mas claro, es querer que demos una carcajada.» Y no le ha faltado razon á Barbadiño para esplicarse así, porque si el objeto de una

definicion es hacer formar idea clara de una cosa, está tan lejos de llenarle la que nos da Justiniano de la justicia, que cualquiera al leerla creerá que para ser jurisconsulto se necesita ser al mismo tiempo teólogo, naturalista, y en fin reunir todos los conocimientos que están dentro de la esfera del entendimiento humano; de donde resultaría no haber habido ni poder haber en adelante jurisconsulto alguno, á no ser que Dios invirtiendo el orden de la naturaleza, nos autorizase para decir: *Ars brevis, vita longa*. Atengámonos, pues, á la definicion de nuestro Heinecio, mas modesta, sí, pero mas clara y arreglada á los preceptos de la sana lójica, y digamos con él, que por jurisprudencia debe entenderse *un hábito práctico de interpretar rectamente las leyes, y aplicarlas con acierto á todos los casos que puedan ocurrir*. V. Alvarez, *Inst. de Der. R. de Esp.*

§. XXVII. páj. 85. lín. 3 y 4. (*no podrá llamarse jurisconsulto*). = «Estorbadores é embargadores de los pleitos son los que se facen abogados, non seyendo sabedores de derecho, nin de fuero, ó de costumbres que deben ser guardadas en juicio...» *L. 13. tit. 6. Part. 3.*

§. XXVIII. páj. 85. lín. 19. (*interpretar es saber el espíritu, etc.*) = «Entender se deben las leyes bien é derecha- mente, tomando siempre verdadero entendimiento dellas á la mas sana parte é mas provechosa, segund las palabras que y fueren puestas. E por esta razon no se deben escribir por abreviaduras, mas por palabras cumplidas, é por ende dijeron los sábios que el saber de las leyes non es tan solamente aprender decorar las letras dellas, mas el verdadero entendimiento dellas. *L. 3. tit. Part. 1.*

§. id. páj. id. lín. 23 y 24. (*auténtica, interpretacion, es cuando la ley es tan obscura, etc.*) = «Y mandamos que cuando quier que alguna duda ocurriese en la interpretacion y declaracion de las dichas leyes, de ordenamientos y pragmáticas y fueros, ó de las partidas, que en tal caso recurran á nos y á los reyes que de nos vinieren para la interpretacion dellas, porque nos, vistas las dichas dudas, declararemos y interpretaremos las dichas leyes como conviene al servicio de Dios nuestro Señor, y al bien de nuestros súbditos y naturales, y á la buena ad-

«ministracion de nuestra justicia...." *L. 3. tit. 2. lib. 3. Nov. Recop.*

§. id. páj. 86. lín. 4. (*usual es cuando el juez interpreta las leyes, etc.*)= «Optima lex, quae minimum relinquit arbitrio iudicis; optimus iudex qui minimum sibi." La mejor ley es la que menos deja al arbitrio del juez; y el mejor juez, el que menos deja al suyo propio. Bacon. *Legum Leges, aphor. 46.*

§. id. páj. id. lín. 13 y 14. (*llámase.... doctrinal cuando los doctores ó jurisconsultos esplican la ley.*)= Esto es indispensable, por cuanto la ley no puede prevenir la infinita variedad de casos que en la práctica pueden presentarse, ni dar disposiciones para cada uno de ellos: lo mismo que en las matemáticas tampoco se esplica y resuelve cada uno de los innumerables problemas que pueden proponerse, sino que tan solo se sientan ciertos principios y teoremas que basten para guiar al matemático en sus cálculos y operaciones. Ninguna ley puede hacer que para cada caso que ocurra no haya que pesar las circunstancias de las personas, tiempos y lugares. Por consiguiente la interpretacion hecha por los jurisconsultos es del todo necesaria, no solo para suplir los vacíos de la ley; mas tambien para ayudar á la ley misma. *Lex interpretatione juvanda, L. 64. ff. de condit. et dem.*

§. XXX y XXXI. páj. 89. lín. 14 y 15. (*privado, derecho, es el que tiene por fin la utilidad de cada uno....*)= Y por eso se llama tambien con propiedad derecho civil.= «El derecho privado, dice Bacon, está bajo la tutela del derecho público; pues este viene á ser como un guarda ó defensor que cuida de que aquel no sea violado."

§. XXXVI y XXXVII. páj. 92. lín. 1 y 2. (*derecho natural es, el que la naturaleza enseñó á todos los animales.*)= Derecho natural, dice la *L. 2. tit. 1. Part. 1.*, que tanto quiere decir «como derecho natural que han en sí «los omes naturalmente, é aun las otras animalias que «han sentido."

§. id. páj. id. lín. 2 y 3. (*Derecho de jentes es el que es comun á solos los hombres entre sí.*)= La misma *L. 2. tit. 1. Part. 1.* le llama tambien «derecho comunal de to-

»das las jentes, el cual conviene á los omes, é non á las  
»oiras animalias.»

§. XXXVIII y XXXIX. páj. 93. lín. penult. y últ. (*De dos modos era para los antiguos el derecho de jentes, primario y secundario*). = Esta subdivision del derecho de jentes no se halla espresa en ninguna ley española; de manera que nosotros no reconocemos diferencia ninguna entre el derecho natural y el de jentes primario. Véase la *Ilustr. de Sala. lib. 1. tit. §. 4.*

§. id. páj. 94. lín. 3 y 4. (*Secundario es el que se ha introducido, etc.*) = A este derecho, por dimanar de la razon natural, se da tambien á veces el nombre de natural; por ejemplo, en la *L. 31. tit. 18. Part. 1.*, que empieza: »contra derecho natural non debe dar privilejio nin carta, emperador nin rey, nin otro Señor...»

§. XLIII. páj. 99. lín. 18 y 19. (*Derecho civil es el que cada pueblo establece.*) = En España solo el rey puede hacer leyes, segun queda dicho en la nota el §. 15. Y las ordenanzas ó estatutos para el buen gobierno de los pueblos, deben ser remitidas por ellos al consejo real, para que este provea lo que se deba mandar, guardar ó confirmar. Véase la *L. 2. tit. 3 lib. 7. de la Nov. Recopilacion.*

§. XLIV. páj. 100. lín. 16 y 17. (*Este derecho civil se divide en escrito y no escrito.*) Véase la *L. 4. tit. 1. Part. 1.*, y la *L. 4. tit. 2. Part. 1.*

§. XLV. páj. 101. lín. 26. (*Seis son las especies del derecho escrito.*) = En España no hay mas de una, que es la ley. Todo el derecho escrito dimana de sola la voluntad del rey, bien que las leyes, segun su diverso fin y modo de despedirse, tomen distintos nombres; por ejemplo, el de Pragmática sancion, Real cédula, Real resoluciou, Real decreto, Carta circular, Real órden y Auto acordado. La definicion de estas palabras no puede ser exacta por confundirse unas con otras. No obstante, por Pragmática sancion se suele entender una real determinacion que se promulga para que tenga fuerza de ley jeneral, y en ella se reforma algun esceso, abuso ó daño introducido ó experimentado en la república, y se inserta en el cuerpo del Derecho. = Real cédula es un despacho del Rey, espe-

*dido por alguno de los consejos, en el cual se toma alguna providencia de motu proprio, ó se provee algo á petición de parte.* = Real resolución es la determinación que el Rey toma en algun caso que se le propone. = Real decreto quiere decir una orden del rey que se estiende en las secretarías del despacho con la rúbrica de S. M. para participar sus resoluciones á los tribunales de dentro de la corte, á los jefes de las casas reales, ó á algunos ministros. = Cédula, carta ú orden circular es cualquiera disposición que se espide para que circule en toda una provincia ó en muchas. = Por Real orden se entiende toda disposición que comunica alguno de los ministros del Rey por su mandado. = Autos acordados son las leyes que con acuerdo del rey establece su supremo Consejo. Tales son las especies de derecho escrito que conocemos bajo el nombre jeneral de ley, iguales en cuanto al orijen, segun queda dicho; aunque sean diferentes las circunstancias de su publicación. Véanse las *Inst. de Alvarez, tit. 2 del lib. 1.*

§. LIX y LX. páj. 124. lín. 24 y 25. (No hay duda que son leyes los privilejios.) = «... é los privilejios decimos otrosí, que han fuerza de ley sobre aquellas cosas en que fueron dados...» *L. 28. tit. 18. Part. 3.*

§. LXI y LXII. páj. 126. lín. 20. (*Aquellos, los privilejios personales, son los que se dan á la persona.*) = «Dijeron otrosí, que los privilejios que son dados á algunos por razon de sus personas, que non pasan á sus herederos: fueras ende si en la carta ó en los privilejios lo dijere.» *Regl. 27. Part. 7.*

§. id. páj. id. lín. 22. (*Estos, los privilejios reales, son los concedidos por cierta causa, etc.*) = Tales son los concedidos á ciertas iglesias, ciudades y otros lugares. Véase la *glos. 1. de Gr. Lopez á D. reg. 27.*

§. LXIII. páj. 126. lín. 29 y 30. (*solo el imperante concede privilejios.*) = Como que los privilejios son leyes, y estas en España no pueden ser dadas mas que por el rey, se sigue que solo este puede conceder privilejios. Véase la *L. 26. tit. 18. Part. 3.*

§. id. páj. 127. lín. 5 y 6. (*al imperante pertenece establecer en qué términos, etc.*) = «Onde decimos que privile-

»jio de donadio de rey non lo debe ninguno judgar si  
 »non él mismo ó los otros que reinaren despues de él...”  
*L. 27. tit. 18. Part. 3.*

§. LXIV, LXV y LXVI. páj. 127. lín. 17 y 18. (*tuvieron, los majistrados, facultad de proponer edictos.*) = En España los majistrados públicos, gobernadores de las provincias y otras justicias tienen facultad de estender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que están á su cargo; y usan de esta facultad para poner en ejecucion alguna providencia del rey, ya para hacer observar las leyes que no están en uso, ó ya para corregir algun ábuso introducido contra las leyes. *Alv. Inst. tit. 2. del lib. 1.*

§. LXXII. páj. 135, lín. 13 y 14. (*La costumbre se debe probar.*) = Para que la costumbre se considere introducida en España, se requiere el transcurso de diez años, y la ciencia y consentimiento del rey que no la repruebe, y antes la tenga por válida; y que ademas sea aprobada dicha costumbre por dos actos judiciales; bien que esto último, mas bien que un suplemento del primer requisito, se debe considerar como un modo de probar distinto. Véase la *Ilustr. de Sala §. 10 y 11. tit. 1. del lib. 1.*

§. id. páj. id. lín. 19 y 20. (*La misma es la fuerza de la ley que la de la costumbre.*) = «Fuerza muy grande ha la  
 »costumbre, cuando es puesta con razon, asi como dijimos,  
 »ca las contiendas que los omes han entre sí, de que non  
 »fablan las leyes escritas, puédense librar por la costum-  
 »bre que fuese usada sobre las razones sobre que fue la con-  
 »tienda, y aun ha fuerza de ley...” *L. 6. tit. 3. Part. 1.*

§. id. páj. id. lín. 25 y 26. (*La costumbre que repugna á la recta razon es de ningun valor.*) = La misma doctrina se puede ver en la *L. 5. tit. 3. Part. 1.*, donde dicen...  
 »la costumbre... debe ser con derecha razon é non contra  
 »la ley de Dios, ni contra señorío ni contra derecho na-  
 »tural, ni contra procumunal de toda la tierra del lugar  
 »do se face...”

§. LXXVI. páj. 138. lín. 1 y 2. (*Es una cualidad, el estado, en razon de la cual, etc.*) = «Condicion ó manera,  
 »dice la *L. 1. tit. 23. Part. 4.*, en que los omes viven ó  
 están.”

§. LXXXI al fin, páj. 142. = También en España los hijos siguen la condicion de la madre en cuanto á la libertad ó servidumbre; y por consiguiente si la madre fuere libre, lo será tambien el hijo, aunque el padre viva en esclavitud; y basta que la madre lo sea, ó al tiempo de parirle, ó que lo hubiese sido algun instante mientras llevase el hijo en el vientre. Todo lo cual se establece en la *L. 2. tit. 21. Part. 4.* conforme con lo que sobre este punto dispuso Justiniano en el §. 2. *Inst. de his qui sui vel al. jur. sunt.*

§. XC al fin, páj. 146. Véase la nota al §. 81.

§. XCV. páj. 150. lín. 17 y 18. (*de cuantos modos se hace la manumision.*) = Sobre los modos de manumitir ó *aforrar*, segun el lenguaje de nuestras leyes, véase la *L. 1. tit. 22. Part. 4.*

§. CVIII y CIX. páj. 159. lín. 18 y 19. (*eran de tres maneras los libertinos.*) = En España ninguna diferencia se reconoce entre los libertinos: su condicion es igual, y comun á todos ellos la denominacion de *aforrados* que les dan las leyes de Partida.

§. CXVIII y CXIX. páj. 166. lín. última. (*si uno manumitia en testamento.*) = En España si los bienes del testador que instituyó por heredero á un siervo propio no bastan para pagar las deudas y legados, cualesquiera bienes del instituido por heredero, aun los adquiridos despues de la muerte del testador, quedarán sujetos á la paga, segun la *L. 21. tit. Part. 6.* Y aunque en la *L. 24. del mismo tit. y Part.* se concede al señor insolvente instituir por herederos algunos esclavos, esto no se ha de entender en el sentido de que los así instituidos puedan conseguir á un mismo tiempo la libertad, sino solo en el concepto de que faltando uno, el otro que queda se hace libre y heredero; pues para que no se vulnere la fama del difunto, que es el fin de la ley, basta que exista un heredero.

§. CXXVI al fin, páj. 171. = *Observacion que servirá para los tit. III, IV, V, VI, VII, y VIII.* = En el dia es casi desconocida en España la servidumbre, y por consiguiente poco ó ningun uso tienen las leyes antiguas que tratan de esta materia, y que fueron hechas en tiempo de la dominacion mahometana, cuando por efecto de las con-

tinuadas guerras entre cristianos é infieles era grande el número de esclavos que se hacia. = Aunque la diferencia que respecto de los hombres libres establecian los romanos entre los injénuos y libertinos no tenga uso en España, reconocemos otras divisiones, como el que unos son eclesiásticos, otros seglares ó legos. De los eclesiásticos unos son regulares, que han profesado en alguna relijion aprobada; y otros seculares, que viven entre los legos sin estar ligados á ninguna relijion por los tres votos. Ademas unas personas son nobles, otras plebeyas; unos son vecinos y otros transeuntes, etc. etc. Cuyas personas, segun la clase ó categoría á que pertenecen, gozan de muy distintos derechos.

§. CXXXIII y CXXXIV. páj. 175. lín. 5 y 6. (*La patria potestad es ó de derecho de jentes ó de derecho romano.*) = En España la patria potestad de derecho civil se diferencia poco de la que concede el derecho de jentes. Esta es comun al padre y á la madre; sean lejitimos ó ilejitimos los hijos, y no viene á ser mas que las obligaciones que la recta razon ha impuesto á todos aquellos que han dado el ser á otro, *L. 5. tit. 19. Part. 4.* Aquella compete al padre, *L. 2. tit. 17. Part. 4.*, así porque es la cabeza de la familia, como porque supone el derecho que es el que ha trabajado mas en lo formal de la educacion de sus hijos, y el que con su actividad los ha puesto en estado de producir utilidad, *L. 3. al fin. tit. 20. Part. 2.* Véanse las *Inst. de Alvarez, tit. 9. del lib. 1.*

§. CXXXVIII. páj. 178. lín. 8 y 9. (*esta potestad se estendia á los nietos y biznietos, etc.*) = En España los nietos no están bajo la potestad del abuelo, por quanto los hijos salen del poder de sus padres por medio del matrimonio; y no estando el hijo en poder de su padre, tampoco pueden estarlo los que descenden del mismo hijo. Mas para que la emancipacion de los hijos se verifique por el matrimonio, son necesarias las relaciones. Véase la *L. 3. tit. 5. lib. 10. de la N. R.*

§. CXLIV. páj. 182. lín. 6 y 7. (*Siendo pues tres los modos de adquirir la patria potestad, etc.*) = Los mismos modos se reconocen en España por la *L. 4. tit. 17. Part. 4., Arg. de las Ll. 1 y 2. tit. 17. Part. 4.* y la *L. 4. del mismo tit. y Part.*

§. CXLIX. páj. 186. lín. 15. (*que el varón sea púber.*) = Para que pueda contraerse matrimonio, debe el varón tener 14 años y la hembra 12, à no ser que esten muy próximos à esta edad, de manera que pudiesen juntarse carnalmente, *L. 6. tit. 1. Part. 4.*

§. CL. páj. 187. lín. 3. (*Entre los esclavos no habia nupcias.*) = La *L. 1. tit. 5. Part. 4.*, reconoce matrimonio entre los siervos.

§. id. páj. id. lín. 14 y 15. (*Que los hijos no contraigan matrimonio sin el consentimiento del padre, etc.*) La *L. 18. tit. lib. 10. Nov. Recop.*, dispone que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre. Los hijos que han cumplido 25 y los hijas que han cumplido 23, no necesitan pedir al padre su consentimiento. La autoridad del padre, faltando este, pasa à la madre; pero entonces la libertad de los hijos para casarse viene un año antes. Esta autoridad va pasando progresivamente al abuelo paterno, al materno, al tutor y al juez del domicilio, disminuyéndose à proporcion el número de años suficientes para no ser preciso consentimiento; segun mas por menor se esplica en dicha ley.

§. CLI. páj. 187. lín. 25 y 26. (*Entre ciertas personas se prohibian lrs nupcias.*). = En España respecto de las personas entre quienes está prohibido contraer matrimonio seguimos el derecho canónico, igualmente que sobre otros varios puntos concernientes à su valor. Asi que, ademas de la prohibicion en infinito en la línea recta, la reconocemos tambien hasta el cuarto grado inclusive de la computacion canónica en la transversal ó lateral, tanto en afinidad como en consanguinidad, con tal que aquella nazca de matrimonio, porque si proviene de ilícito ayuntamiento, no pasa del segundo grado la prohibicion. El matrimonio rato y los esponsales válidos producen impedimento entre uno de los contrayentes y los cognados del otro; cuyo impedimento se llama de pública honestidad, y llega al cuarto grado en el matrimonio, y al primero solamente en los esponsales. Por último, el parentesco espiritual procedido del bautismo, solo se estiende al bautizado, à su padre y à su madre por una parte, y al bau-

tizante y al padrino por la otra ; lo cual se aplica tambien à la confirmacion. Véase el *Conc. Trid. ses. 24, cap. 2*, y los dos sig. de *reform. matr.*

§. CLXIV. páj. 197, lín. 11 y 12. (*Si uno se casare contra lo dispuesto por estas leyes, etc.*) = Segun el *Conc. Trid. ses. 24 de reform. matrim.*, son nulos los matrimonios clandestinos, esto es, los que se contraen sin la asistencia del propio párraco, ú otro sacerdote con su licencia ó la del ordinario, y dos ó tres testigos. Además, todos los bienes de los que faltando à esta regla contraen matrimonio clandestino y los que intervienen en él, se confiscan, y à todos se impone la pena de destierro de estos reinos; y es causa de desheredacion, segun todo se establece en la *L. 5, tit. 2, lib. 10 de la Nov. Recop.*

Páj. 204, al fin del tit. X. Casi toda la doctrina de Heinecio acerca de la legitimacion está fundada en un principio erróneo; á saber, en cierta *ficción retroactiva*, por la cual, segun el autor, se supone que los hijos ilegítimos han nacido de legítimo matrimonio, ó lo que viene à ser lo mismo, se finje haberse ya contraído el matrimonio desde el tiempo en que nacieron los hijos ilegítimos; de donde resulta parecer estos procreados despues de contraído aquel. La falsedad de este principio está demostrada por varios sábios intérpretes, y entre otros por Justo Heninjo Boehmero, en una disertacion particular sobre la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento; en la cual, echando à un lado este juriconsulto los comentarios vulgares de los intérpretes, espone exactamente las diversas disposiciones, tanto del derecho civil como del canónico, acerca de la legitimacion, haciendo ver que esta no necesita de dicha ficción retroactiva, sino que tan solo es un mero efecto del matrimonio, cuya virtud es tan grande, que los enjendrados antes de él, despues de contraído, se reputan por legítimos. Por lo cual hemos creído dicha disertacion digna de traducirse y agregarse à la presente edicion de las Recitaciones, para que los principiantes puedan comparar ambas doctrinas, la de Heinecio y la de Boehmero, que nos parece preferible, é ilustrarse sobre un punto tan importante.

## DISERTACION

DEL CELEBRE JURISCONSULTO

## JUSTO HENINJIO BOEHMERO,

SOBRE LA LEJITIMACION DE LOS HIJOS NACIDOS DE ILICITO AYUNTAMIENTO.

## I.

Al modo que la *procreacion de los hijos* (1), en cuya educacion funda sus esperanzas la patria, es el fin à que se dirijen los matrimonios; asi en el *estado civil*, en que tan cuidadosamente se atiende à la integridad de las familias, à la perpetuidad de cada tronco, y al lustre de cada casa, el principal fruto de ellos es la jeneracion de una *legitima prole* que à su tiempo pueda suceder à sus padres, y conservar su nombre y memoria, segun aquel dicho vulgar de que *los padres en cierto modo viven en sus hijos* (2). Interesa empero tambien à la repùblica que la jeneracion de estos sea cierta, y que no quede à los padres duda alguna sobre su *legitimo nacimiento*; para el logro de cuyo fin se han inventado en el *estado civil* de muchas naciones ciertas formalidades por cuyo medio deben los matrimonios contraerse solemne y lajítimamente, de tal manera, que el nacido de semejante sociedad, contraida segun las leyes prescritas, se haya de reputar por *legitimo*, esto es, merecedor de los derechos, comodidades y privilejios de *hijo* (3), y que los demas procreados fuera de esta sociedad, quando repugna à las leyes ó carece de las solemnidades prescritas, se hayan de mirar como *ilejítimos*, es decir, como indignos de disfrutar los dere-

(1) *Los hijos son la honra de los padres y la prolongacion de su vida.*

(2) *En cuanto es legitimo su nacimiento.*

(3) *Con los ilejítimos no se cuenta.*

chos de los hijos legítimos. Asi se observó escrupulosamente en la república romana, y en el *derecho civil* se establece que aquel será considerado como padre, à quien designen por tal nupcias legítimas, y como hijos *legítimos* aquellos que nacen mediando legítimo matrimonio, *L. 5. ff. de in jus. voc. L. 6. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* Ademas tambien concede à los hijos legítimamente nacidos muchos derechos, que aquellos que nacen *fuera de matrimonio* no pueden reclamar (1). Por esta razon se vió con frecuencia à los padres solicitar que estos derechos de los legítimos se estendiesen à los ilegítimos, hasta conseguir por fin para ellos el beneficio de la legitimacion, à la verdad muy restringido al principio, pero que poco à poco se fue aumentando, y adquirió todavía mas estension por el derecho canónico. Mas como à pesar de esto los intérpretes del derecho se dividen sobre este punto en distintas sectas, restringiendo unos y coartando la legitimacion, y estendiéndola otros à algunos hijos nacidos fuera de matrimonio (2), trataré yo de investigar si en la práctica y uso forense se deben poner à la legitimacion algunos límites, y cuales sean estos, dispouiendo mi doctrina, en cuanto me sea posible, segun el mejor orden conveniente.

## II.

(3) Cuan digna de meditarse escrupulosamente sea esta doctrina, lo manifiestan à cada paso los jurisconsultos que la han exornado con varias eruditas observaciones. Entre otros merece una mencion particular la *disertacion* de Tomasio *sobre el uso práctico de la doctrina de la legitimacion*, en que manifiesta con especial tino el oríjen, progresos y vicisitudes de esta doctrina. Acerca de la *legitimacion por subsiguiente matrimonio*, trata tambien en una disertacion particular al jurisconsulto Lauterbaquio, adhiriéndose tenazmente à las disposiciones del derecho

(1) *A no ser que se hagan legítimos por medio de la legitimacion.*

(2) *La cual se va à examinar atendiendo al uso actual.*

(3) *Escritos que tratan la doctrina de la legitimacion.*

civil, para influir de este modo todo lo posible en el *uso forense*. Asimismo Francisco Hotomano compuso un tratado especial sobre los *espurios y legitimados*, que se halla en el *tomo I* de sus *obras*, páj. 519, ilustrándole según su costumbre con eruditas observaciones, aunque sin embargo se contiene dentro de la esfera del derecho civil, sin abrazar todo el campo que yo me he propuesto. Mas útil à mi objeto fue Francisco Sarmiento, quien en el *lib. 1 select. interpret. c. 5, 6, 7 y 8*, examina la *legitimacion* de todos los *ilejítimos*, bien que su doctrina contiene algunas ambigüedades. Francisco de Amaya en el *lib. 1. ob. jur. civ. cap. 4*, se propuso la esplicacion de cierto tema que puede facilitar algun auxilio al que trate de meditar esta doctrina. Mas luminosas son las ideas que se encuentran en Desiderio Heraldo, *lib. 1. rer. et quaest. juris quotidian. cap. 1 y sig.*, donde habla de la diversa condicion de los *ilejítimos*, y *cap. 4*, en el cual espone con admirable solidez la doctrina de la *legitimacion*. A él se debe finalmente agregar, por no citar ahora otros, Basilio Ponce, que en su tratado *de matrim. lib. 11*, espone los preceptos y máximas del *derecho canónico* con el mayor acierto y claridad.

## III.

(1) Viniendo ahora à la materia que me he propuesto tratar, se ha de saber que los hijos son por derecho civil y canónico, ó *legítimos* ó *ilejítimos*. Aquellos no necesitan *legitimacion*, mas sí estos, como que les están negados los derechos de *hijos legítimos*. (2) Aunque la condicion de los *ilejítimos* era varia por derecho *civil*, pueden no obstante reducirse cómodamente à dos clases; la de los procreados de ayuntamiento *licito*, pero *menos legítimo*, (3) y la de los nacidos de *concúbito* enteramente *prohibido* por las leyes. Aquellos se llamaban naturales, por deber su oríjen à una *union natural*, contraida por causa de matrimonio, bien que destituida de los efectos civiles. A esta seccion perte-

(1) *Los hijos son ó legítimos ó ilejítimos.*

(2) *Estos ó son naturales.*

(3) *O nacidos de coito prohibido.*

necia: I. (1) el *contubernio de los esclavos*, los cuales antiguamente se unian entre sí por un *enlace natural*; mas como derecho civil no son reputados por personas los siervos, los efectos de los hijos legítimos no recaian en los nacidos del *contubernio de los esclavos*, ni aun estaban estos bajo la potestad de los padres naturales, sino de los señores. Por decirlo en breves palabras, *estaban dentro de los límites de la naturaleza, pero fuera de los límites del derecho*, segun la frase de *Heraldo*, cap. 1, §. 9 del *lug. cit.* En este sentido la hija del siervo Panfilio, por nombre Ponsilia, se llama *natural* en la *L. 88. §. 12. ff. de legat. 2*, dándose tambien al padre igual título de *natural*; sobre lo que añade el juriconsulto: «porque tambien se creen comprendidos bajo la denominacion de hijos los descendientes naturales enjendrados en esclavitud.» II. (2) *Los hijos tenidos de concubina*. En efecto, desde que la ley *Julia y Papia* dió por honesto el *concubinato*, segun dice *Marciano* en la *L. 3. §. 1. ff. de concubin.*, este comercio, que venia à ser una especie de *matrimonio natural*, quedó por lo mismo aprobado, y los hijos nacidos de él se llamaron *naturales*, por tener el *concubinato* mucha relacion ó semejanza con el *contubernio*, hasta el punto de dársele esta denominacion. *L. 5. C. de natural. lib.*, donde dice: *electo contubernio*. *Suetonio, Vespas, cap. 3. n. 4*, nos dice, que «*Vespasiano*, despues que murió su esposa, elevó à *Cénide*, liberta de *Antonia*, à quien hacia tiempo miraba con pasion, desde la clase de dependiente suya al *contubernio*, y la tuvo en el mismo aprecio que si fuera su mujer legítima.» Porque es de saber que aquellas personas que por la *ley civil* no era lícito tomar por esposas legítimas, era permitido tenerlas en *concubinato*, con tal que el varon careciese de mujer legítima y fuese célibe; hasta que fuese condenada en juicio público, *L. 1. §. 2. D. de amancebamiento*; la ramera que habia puesto su cuerpo à ganancia, *L. 14. D. de ceremon. nupt*; la liberta,

(1) *Son naturales los procreados en el contubernio de los siervos.*

(2) *Los nacidos de concubina.*

*L. 2. D. de concubinato*; la mujer de una provincia unida con aquel que en ella desempeñaba algun oficio público, *L. 5. adv. et.* Algunas veces tambien aquella que pudiendo ser mujer lejitima, estaba amancebada con su amo por ser su criada, y à influjo de un nuevo amor se reputaba despues por su verdadera esposa. *L. 13. §. 6. C. ad l. Jul. de adulter.* (1) Otra clase de ilejitimos comprende los nacidos de coito ilícito y torpe, y consigo lleva crimen. Se llaman espúrios, habidos del vulgo los que no pueden manifestar padre, y son los nacidos de prostituta, cuyo padre pertenece al pueblo ó al vulgo; y aquellos que pueden enseñar padre; pero será uno que no pueden tener, segun dice Modestino en la *L. 23. D. de statu hominum*, cuales son los habidos de estupro, adulterio ó incesto, y de otro cualquier coito que encierra crimen público y algun acto prohibido por la ley. El nacido de una meretriz se reputaba tambien por de torpe ayuntamiento; pero sin estar sujeto à pena alguna legal, por cuanto la fornicacion no era absolutamente prohibida. *L. 4. §. 3. D. de condict. ob. turp. causam.*

## IV.

Todos los nacidos de ilícito ayuntamiento eran de inferior condicion à los naturales, con quienes se comparaban. Dice Justiniano en *Nov. 89. c. ult.*: «todo el que naciere de uniones sacrílegas, incestuosas y reprobadas, ni se puede llamar hijo natural, ni debe ser alimentado por sus padres.” Observa Heraldo, *lib. 1. quaest. sur quotid. c. 3. §. 6*, que estas palabras designan solamente los nacidos de matrimonio; pero ha de ser sacrílego, incestuoso y condenado por las leyes, lo que es admisible segun la cláusula de la ley referida; pues nada impide que se digan nacidos de punible ayuntamiento los que fueron concebidos en estupro, adulterio, ó de otro cualquiera coito reprobado por las leyes, una vez que se contaban entre los crímenes públicos por la ley Julia el estupro y el adulterio, *Conf. c. 4. X. qui filii sunt leget.* Aquí se comprende tambien por derecho canónico y civil la union con monje ó

(1) *Nacidos de concubina.*

monja , porque ambos matrimonios estan prohibidos y tenidos por sacrilegos por causa del voto de castidad ; ó si el clérigo de órdenes mayores viviese habitualmente con una mujer en clase de concubina , lo que está prohibido por derecho canónico , y reputado por delito, *tit. X. de concub. cleric. et mulier.* De tal modo está prohibido à los clérigos ordenados *in sacris* el matrimonio , que aunque lleguen à contraerle , no se reputa por matrimonio , sino por amancebamiento. *Sus. c. 4. X. de cleric. conjug.*, y por lo mismo los hijos habidos de ellos se tienen por ilejítimos, iguales à los espúrios.

## V.

Ya se ha examinado bastante lo establecido por el derecho civil acerca de la lejitimacion de los hijos naturales, y aun no se ha hecho de lo que prescribe el derecho canónico con respecto à la lejitimacion de los que nacen de punible ayuntamiento. Al hablar de esta , solo se procura saber si los diversos modos de lejitimar que están en práctica hoy , por ejemplo , por subsiguiente matrimonio , por rescripto del príncipe , les comprende tambien ; de suerte que sean reputados por lejítimos , al menos para los efectos de suceder? Hablo del derecho del dia , ó de aquel que se observa en nuestros tribunales , y que no sigue tanto las huellas del derecho romano como los principios del derecho canónico , diverso de aquel en muchas cosas , particularmente en materia de matrimonio , y que es aplicable à mil casos que ocurren en el foro. Si hubiese de decidirse esta cuestion por derecho romano , no hay duda que se debe negar , segun se pasa à demostrar en pocas palabras.

## VI.

Eran desconocidos antes de Constantino el Grande los modos de poder los padres hacer lejítimos los hijos habidos fuera de matrimonio justo , segun nos refiere Justiniano en la *Novell. 117. §. 2.* Ni aun los hijos naturales , introducidos los modos de lejitimar , pasaban al estado de lejítimos à no ser arrogados , consintiendo libremente en este acto ; los hijos naturales que se oponian , no quedaban bajo

la patria potestad, segun Modestino en la ley 11. D. de his qui alieni vel sui juris sunt.

No era dura ni sensible semejante condicion à los hijos naturales, que desde su nacimiento estaban exentos de toda infamia y mancha legal, y era mejor en mucho que la de los lejitimos, segun demuestra Sv. Marcier, lib. 2. opon. c. 8. (tom. 1. thesaur. jur Roman. p. 1595). A lo menos eran señores de sí, lo que en el derecho se llama *sui juris*. Pero los lejitimos estaban sujetos à otros, ó eran *alieni juris*; cuyo estado habia decaido tanto entonces, que estaban escluidos del comercio y del ejercicio de los derechos de ciudadano romano como tales. Aquellos le gozaban en toda su estension, porque eran ciudadanos romanos y *sui juris*, en todo lo que conservaban una gran prerogativa y honor. Por el contrario, los hijos de familia en muy poco se diferenciaban de los esclavos. El padre tenia sobre ellos derecho de vida y muerte: l. 11. D. de lib. et posth. hered. custod. l. 10. c. de patr. potest. Podia venderlos ó alquilarlos en caso de necesidad, y aun darlos en prenda, l. 5. ff. quae res pig. §. ult. inst. de nox. act. Ademas todo cuanto adquirian era para sus padres; por manera que podia disponer de ellos à su arbitrio; y muerto abintestato, sus hijos estaban obligados à repartir en iguales partes la herencia, aun lo adquirido por sí. §. 1. Inst. per quas pers. cuique acquir. pr. Inst. de his qui test. fac. possunt. Eran de mejor condicion en esto, porque eran herederos de sus padres, y aun en vida de estos eran en cierto modo dueños de los intereses paternos, §. 2. Inst. de her. qual. et deff. §. 5. Inst. de success. ab intestato. No asi los naturales; pero podian obviar este inconveniente, por no estar prohibido à los padres por derecho antiguo instituirles por herederos en testamento, y aun veian compensado este inconveniente con el beneficio de adquirir para sí, con el de poder hacer testamento, y con el goce de las demas prerogativas de ciudadano romano.

## VII.

No era, pues, tan interesante como se cree à los hijos naturales el lejitimarse ó el concederles el beneficio de la

legitimacion, como se dice vulgarmente. Mas era en beneficio de los padres que los sujetaban à su potestad, lo que deseaban con ansia aquellos padres que carecian de otros hijos. Constantino fue el primero que fijó un modo de legitimar los hijos naturales, ó los habidos de concubina, no otro alguno, contrayendo matrimonio despues con ella. Nos recuerda esta ley de Constantino. *Zenon en l. 5. cod. de natural. lib.*, y dice: «Renovando la respetable sancion del » gran Constantino, que consolidó el imperio romano con » la fe católica, acerca de poder tomar por esposas à las » concubinas injénuas, y de tener por lejitimos los hijos » habidos de ellas, antes ó despues de contraido el matrimonio, mandamos, etc." Dice Heraldo, *lib. 1. quos jur. quot. c. 4. §. 1.*, que deben notarse dos cosas: y es la primera, que el emperador por esta constitucion, ya instruido en las verdades del cristianismo, quiso indirectamente debilitar y abolir el concubinato, y atraer los ciudadanos al lícito y justo matrimonio: la segunda es, que esta constitucion no fue ley jeneral, dada solo para aquellos que habian tenido hijos de concubina antes de su promulgacion, no para los que nacieran despues, lo que tambien observó Godofredo *ad l. 1. cod. theod. de natural. lib.* Lo primero se demuestra porque hubiera encontrado un modo de reducir à justo matrimonio el concubinato: se habria hecho tan frecuentemente el concubinato, que se tomarian por mancebas aquellas que pudieran ser despues esposas, como eran primeramente las injénuas de escasa fortuna, de las que habla Zenon *in cit. leg. 5.* Por lo mismo quiso mover à los padres, que eran mas gustosos de tener hijos lejitimos que naturales, con este beneficio, para que del amancebamiento hicieran un verdadero matrimonio, y à los hijos ya nacidos lejitimos y herederos suyos. Ademas, para que no los instituyesen herederos en testamento, despreciando el beneficio del matrimonio, restrinjó y redujo mucho el derecho de heredar, segun testifica la *l. 1. Cod. Teod. de natural. lib.* Para conseguir dicho fin mas prontamente parece que la dicha constitucion se entiende de los que habian nacido, para no favorecer el concubinato estableciendo una permission jeneral de legitimar.

## VIII.

Lo mismo quiere dar á entender *Zenon en la citad. l.* » y comprende solamente á aquellos que antes de su promulgacion tuvieron hijos de mujeres injenuas sin preceder » matrimonio, y sí un pensado amancebamiento. Estos, pro- » sigue, que al tiempo de sancionarse aquella sacrosanta » constitucion, no tuviesen sucesion alguna de concubi- » nas con quienes lícitamente podian contraer matrimonio, » de ningun modo gozan del referido beneficio, pudiendo » entonces ya reunirse con ellos por matrimonio, no tenien- » do otros hijos ó mujeres lejitimas, y enjendrar hijos lejítimos à la sombra de las nupcias que hubiesen contraido.”

Juzgó indignos de este beneficio à todos los que en lo sucesivo prefiriesen el concubinato al matrimonio, lo que es seguro indicio de que el emperador ha querido disminuir el uso del amancebamiento, para inculcar mejor à los ciudadanos la utilidad del matrimonio. Estaba tan introducida la costumbre de tener concubinas mas bien que lejitimas mujeres, que los emperadores creyeron no era oportuno abolirla de un golpe, sino por grados. La prudencia legal aconseja que cuando los lejisladores no se hallen con suficiente fuerza para cortar ciertos males de un golpe, que los vayan disminuyendo de tal modo, que sus súbditos espontaneamente se separen de ellos con los beneficios que les presentan. En el año de 508 Atanasio procuró con iguales providencias disminuir el concubinato, *in l. 6. cod. de natural. lib.*, sancionando que fuese permitido lejitimar y reducir à la patria potestad los hijos habidos hasta entonces de mujer que hacia veces de esposa, y los que tuviere de ella misma por subsiguiente matrimonio: añadió no obstante, *que qualquiera que en lo sucesivo tuviese en lugar de esposa una mujer semejante, otorgados los instrumentos matrimoniales, se observara igual fórmula con su prole:* cuyas palabras son demasiado jenerales, y pueden entenderse jeneralmente del consorcio contraido con la concubina en cualquier tiempo, y aun de los hijos habidos despues de la publicacion de esta ley. Lo mismo estableció Justino en la *l. 7. cod. de natur. lib.*, en el año de 519, para acla-

rar la ley de Atanasio, y manifestar que ella no sancionaba una forma perpétua de legitimar; dice: «Le ley de Atanasio de divina memoria, promulgada acerca de los hijos naturales, permitimos valga solamente en los casos que han sucedido hasta aqui, segun su mismo contesto, en favor de los matrimonios contraidos, ó que despues se contrajeren (à saber, despues de publicada la ley de Atanasio), para legitimar los hijos nacidos hasta aquel tiempo de concubina.» Quiso pues el emperador precaver que los medios empleados para abolir el concubinato no sirviesen para promoverle, lo que sucederia indirectamente siempre que se dejara à los padres concubinarios una forma perpétua para legitimar; porque en la esperanza de un futuro matrimonio, si tuviesen por conveniente gozar de este beneficio, podian vivir y propagarse con seguridad en el concubinato. Sin duda estas miras tuvieron presentes los emperadores para conceder à los padres concubinarios este beneficio limitado y temporal, privándoles de la esperanza de poder legitimar en lo sucesivo, y reducirles asi á contraer lejítimo consorcio. Todaya hizo otra nueva declaracion el emperador: *Para que no se creyese que se habia atendido à los habidos de una union criminal é incestuosa. Semejante matrimonio era írrito, y aunque no se rescindiese, no surtia los efectos, ni gozaba los beneficios de la ley, porque los padres habian delinquido contra las leyes, lo que no sucedia en el simple concubinato. Ultimamente, para manifestar con mas claridad su intencion puso esta cláusula: «En lo sucesivo sepan todos que solo por medio de lejítimo matrimonio tendrán posteridad lejítima:»* como si no hubiese sido dada la pragmática para borrar à los concubinarios toda esperanza de acojerse à este beneficio.

## IX.

Justiniano no se contentó con esto, *in l. 10. cod. de natur. lib.*, sino que les concedió un modo perpétuo de legitimar, por manera que pudiesen gozar siempre de este beneficio, y à su sombra continuasen en el concubinato hasta que les pareciese conveniente transformarlo en matrimonio: un poco obscuro se esplicó segun acostumbraba.

Cuando alguno hubiese tenido hijos de mujer libre, cuyo matrimonio no está prohibido por las leyes, de cuyo privilegio gozaba (la concubinaria, segun lo demuestra la ley siguiente). Sin haber otorgado las escrituras dotales, las que manifiestan el amor marital, eligiese por esposa llevado del mismo amor á la que antes tenia por concubina, y tuviese despues del matrimonio en que solemnemente habia trasformado el concubinato; para que los hijos habidos despues de la consignacion del dote se atrevan á apropiarse toda la herencia paterna, separando á sus lejítimos hermanos nacidos antes de la dote y de concubinato (lo que era permitido por las leyes antiguas, en que se dispensaba á los padres el beneficio temporal de legitimacion). Determinamos abolir semejante iniquidad. Parece que con esto quedaba resuelta la cuestion; pero el mismo Justiniano añade despues esta cláusula dudosa: «Ni es verosimil que aquel que ha señalado una donacion ó una dote no tenga un amor tal hácia su mujer que no la haga digna del nombre de esposa.» Esta misma razon parece que aqui no se trata de la concubina, sino del caso dudoso en que se ignora si el marido ha elegido el concubinato ó el matrimonio, que muy bien podía contraerse por solo el consentimiento. Sin necesidad de dote (segun habia establecido Justiniano en el año anterior, *L. 11. cod. de repud.*) La palabra costumbre ó *consetudo*, que desde el principio usa el emperador, es ambigua, y puede aplicarse al concubinato como al matrimonio lejítimo; aunque en caso de duda se juzgue contraido ya. En su tiempo ya nos enseñó Modestino, *L. 24. de R. nupt.*, el consorcio de una mujer libre en caso de duda se debe reputar por lejítimas nupcias mas bien que por concubinato. Asi se hubiera entendido la ley antecedente, á no habémosla explicado mas claramente el emperador. *L. 11. C. cod.* Poco hace promulgamos una ley, en la que se manda que si alguno estoviese con mujer en conjuncion, esto es, en amancebamiento, sin manifestarla desde el principio afecto marital; si con la misma con quien podia enlazarse lejítimamente aumentando su afecto otorgase instrumentos matrimoniales, y tuviese hijos despues, etc. Triboniano previó que la antecedente ley estaba concebida en términos ambiguos y capciosos, motivo por-

que no se esplicó su sentido, disolviendo la duda que encerraba por medio de la siguiente declaracion: »Cualquiera que pudiese preñada á la mujer que tenia en su compañía, si en este estado ó antes de parir contrajese matrimonio y naciese hijo ó hija, era prole lejitima para los padres.» Así el beneficio jeneral concedido a los concubenarios, y esta costumbre de lejitimar que los antiguos Césares habian cuidado de restringir en lo posible, se amplió despues, dando ocasion de aumentarla y de duplicarla. El mismo Justiniano, *Novell. 18. c. 11.*, nos inculcó despues el sentido de las dos leyes, añadiendo que su doctrina debia hacerse estensiva á las libertas tenidas hasta entonees en amancebamiento, cuando el emperador habia solo hablado de las mujeres injénuas, *L. 10. cit.* No bastó esto; algunos suscitaron otras dudas acerca de estas leyes, queriendo restringirlas á los hijos nacidos antes de su promulgacion, privando de su beneficio á los enjendrados despues. Esta disputa la dirimió en la *Nov. 19.* Lo que antes habia sancionado acerca del subsiguiente matrimonio de las libertas, lo amplió en la *Nov. 78. c. 3 y 4.*, haciendo tan estensivo el uso de la lejitimacion, que los hijos habidos de esclava, que despues de manumitida fuese elejida por esposa, habian de reputarse por lejitimos sin necesidad de nueva manumision; últimamente en la *Nov. 89. c. 8.* confirmó los anteriores decretos, y en cuanto pudo manifestó otros muchos medios, permitiendo á los que tenian concubinas, para que los hijos tenidos en semejantes consorcios pasasen con la mayor facilidad al estado de lejitimos por cierta imajinaria equidad que juzgó debia dispensarse á los lejitimos, sin hacerse cargo que así afirmaba el concubinato y las uniones tan indecorosas, y aun mas olvidándose de que las promovia. *Conf. B. Thomas cit. disp. 27. seqq.*, en donde indica con bastante difusion las dudas y obscuridad de estas leyes, cuyo sentido quise explicar en pocas palabras.

## X.

De aquí se colije con todo que solamente pasaron al estado de lejitimos los hijos cuyos padres podian vivir en lejitimo matrimonio, y le contraian despues de abandonar el concubinato.

Los habidos de nupcias prohibidas, aunque de hecho se hubiesen contraído, ó los enjendrados fuera de matrimonio, de coito facineroso y criminal que repugna el matrimonio entre sus padres, no pueden ser lejitimos, porque seria nulo el matrimonio, aunque de hecho se contrajese, y no produciria ningun efecto. Supóngase un hijo procreado de adúltera, ó de parienta en grado prohibido, y que despues se case la adúltera ó la parienta, ninguna influencia tiene el matrimonio, y aunque no se rescindiese, siempre quedaba nulo. Semejantes enlaces parece que los ha escludido Justiniano á primera vista en la *Nov. 74. c. 6. et Nov. 89. c. 15.*; pero no aquellos que no están prohibidos, aunque sean distintos del lejitimo matrimonio. De donde sucede que los intérpretes acostumbra acojerse á las ficciones legales, para sentar que el subsiguiente matrimonio debe retrotraerse, y suponer por una ficcion que desde el tiempo del consorcio hubo lejitimas nupcias entre los que despues se unen y consienten en lejitimo matrimonio. Por otra parte establecen que la lejitimacion no puede tener efecto sino entre personas á quienes era lícito desde el tiempo del concubinato pasar y vivir en matrimonio; por manera que si en este tiempo tuviesen impedimento, ni el matrimonio contraído despues podia surtir su efecto, aunque en aquel entonces pudiera efectuarse segun derecho; porque segun dicen, en las ficciones traslativas se requieren que los extremos sean hábiles; y asi como en el tiempo de la concepcion hubiese impedimento, la ley no puede sujir que en este tiempo se ha contraído verdadero matrimonio; pues para formar esta ficcion era necesario que persistiese la posibilidad, segun el sentir de *Franc. de Amaya, lib. 1. obs. 4. n. 2. et 3. Alteserra, tr. de fict. jur. c. 9. Lauterbach. de legitim. per subsequens. matrim. §. 32. Sarmiento, lib. 1. select. interp. c. 5. n. 10. Fachimeo, lib. 3. controv. c. 3.*

No discrepan mucho de este parecer los que quieren la aptitud en el tiempo del nacimiento por la *l. 12. in fin. C. de natural. liber.*, en donde define jeneralmente el emperador, que en todas las cuestiones que se suscitaren, y haya duda acerca del estado de los hijos, no se atienda al tiempo de la concepcion, sino al del parto. lo que explica

difusamente Amaya, *cit. l. n. 5*. Pues los que presentan estas razones se apoyan en la ficción retroactiva, y niegan pueda haber matrimonio entre las personas que tenían impedimento de poder contraerle al tiempo del parto, aunque despues se hiciesen hábiles. Por lo que infiere Amaya en el lugar citado, *n. 13*. Si el pontífice dispensase que el matrimonio inválido por causa de impedimento se vuelva á contraer otra vez, es cierto que esta dispensa no se estiende á hacer lejítima de modo alguno la prole habida antes de ella.

## XI.

Para que de una vez salga de la obscuridad esta doctrina, y resplandezca con todo su brillo, debe observarse, primero: que por derecho antiguo sucedia algunas veces que el matrimonio no era ilejítimo, pero lo era despues; en cuyo caso no quedaban lejítimos los hijos habidos antes del matrimonio, asi como lo quedaban los enjendrados despues. Para que el matrimonio fuese lejítimo, debia preceder el consentimiento del padre bajo cuya potestad se hallaba, por manera que aun debia intervenir, *pr. inst. de nupt.*, y se suplicaba cuando se renovaba el casamiento, *l. 18. de R. nupt. l. 7. C. eod.* Y de tal manera era necesario que precediese á las nupcias, que solo se juzgaban lejítimas desde el momento en que el padre las rectificaba con su aprobacion, *l. 13. §. 6. in fin. D. ad l. Jul. de adult. coerc.*; y los hijos tenidos antes permanecian ilejítimos, *l. 5. cod. de nupt. l. 68. D. de jur. dot.* Del mismo modo cualquiera podia tomar por esposa la que habia tenido por mucho tiempo en concubinato, lo que no aprovechaba á los hijos tenidos antes. *L. 13. §. 6. ad l. Jul. de adult.* Era tambien ilejítimo el matrimonio del majistrado que contraiese durante su mando en una provincia consintiendo la mujer; pero despues dejando el empleo, ó cesando en él se hacia lejítimo; por lo tanto todos los hijos habidos se juzgaban como de lejítimo matrimonio, *l. 6. C. de nupt*, segun el parecer de Paulo en *l. 65. §. de rit. nupt.*

## XII.

Por quanto era válido el matrimonio despues, y lejiti-

mos los hijos, los jurisconsultos siempre estuvieron dudosos acerca del tiempo, afirmando los unos que debía contarse desde el nacimiento, otros desde la concepcion. Paulo aseguraba el segundo extremo, *l. 11. De stat. hom.*, pues dijo: «que todo el que viviendo su padre, é ignorando el casamiento de su hija fuese concebido, aunque naciese despues de la muerte de su padre, no parece ser lejítimo para aquel de quien ha sido concebido.” Otro caso nos ofrece Ulpiano en *l. 37. D. de rit. nupt.*, en el que tambien puede moverse duda. «Si algun senador tuviere por mujer á una libertina, aunque no sea por entonces lejítima, lo principiará á ser siempre que perdiese la dignidad de senador.” Será, pues, lejítimo este hijo concebido entonces, y dado á luz desde que perdió el empleo de senador? Responde el mismo *tit. 5. fragm. §. 10.* «En todos los que nacen de matrimonio contraido segun derecho, se mira al tiempo de la concepcion, añadiendo que por lo que toca á la libertad debe atender al tiempo del nacimiento ó del parto, lo que corrijió el emperador al *§. un. inst. de injen.*” Por lo cual tenian sumo cuidado para fijar el término cierto y legal, y saber si habia sido concebido ó no en aquel momento en que podia verificarse el matrimonio entre los cónyuges? Seguian en esto la autoridad del sábio Hipócrates que asegura que al séptimo mes ya nace perfecto el feto, y por lo mismo dice Paulo en *l. 12. D. de statu hominum*: «se debe creer que el hijo nacido al séptimo mes de lejítimo matrimonio, es lejítimo.” Figurémonos que un hijo de familia haya contraido matrimonio sin el consentimiento de su padre, pero que despues de algunos años ha consentido, y desde entonces tuviese un hijo nacido siete meses despues del consentimiento, se pregunta: seria lejítimo, ó si se debia reputar por concebido despues que el matrimonio se hizo lejítimo? Lo asegura Paulo de tal suerte, que si naciese á los 182 dias, se tendria por nacido en tiempo lejítimo, aunque pareciese que no habia sido concebido en el referido tiempo, en que la madre no podia aun ser lejítima esposa. *L. 3. §. 12. D. de suis et legit. hered.* De aqui se colijen dos cosas. Primera: que siempre fue dudoso este término, y tuvo uso primeramente cuando se ignoraba si habia sido concebido ó no en el tiempo en que

el matrimonio principiaba á ser lejítimo. Lo segundo, que el sentir de los que opinan deba mas bien atenderse al tiempo de la concepcion que al del nacimiento, fue abrazado por muchos, afirmándose tambien por el rescripto *D. P. 11. L. cit. 3. §. 12.* Discordes entre sí los juriscultos por espíritu de partido y amor á la secta á que pertenecian, solian decidir por los rescriptos auténticos de los príncipes las doctrinas legales, por cuyo motivo recurrían frecuentemente á ellos cuando querian dar mayor paso á sus decisiones; Justiniano nos hace ver cuan contrarios fueron sobre el particular los pareceres, *l. 11. in f. C. de natur. lib.*; y al mismo tiempo se separa del dictámen de los que acabo de referir. »Definimos por regla jeneral y reducimos á una decision cierta todo lo que en semejantes casos variase, que todas las dudas que se ocurrieren en los casos de cuestion acerca del estado de los hijos, que se atiende al tiempo del parto, y no al tiempo de la concepcion, y se hace esto en favor de los hijos, exceptuando los casos en que su misma utilidad exige que se atiende al tiempo de la concepcion, por ejemplo, en el caso que se trate del estado de libertad.» Lo mismo repitió despues en la *novela 89. cap. 8.*, para confirmar por ella el derecho nuevo. Con semejante decision se han corregido las leyes anteriores, introduciéndose un nuevo derecho, para que se conozca que se equivocan, primero, los que piensen que el código no deroga por este principio á las pandectas, por quanto en la compilacion del derecho una sola debe ser para el estado la lejislacion; en segundo lugar, los que traen contra la doctrina de la lejitimacion argumentos deducidos del antiguo derecho, corregido segun se indicará.

## XIII.

De aquí infiero que no fue la intencion de Justiniano atribuir al subsiguiente matrimonio lejítimo jenericamente la virtud de lejimitar todos los hijos habidos antes; sino que quiso restrinjirla á aquel consorcio que estaba permitido y fuera de la prohibicion legal, como era el consorcio concubinario, ó si alguno habia tenido hijos naturales de una esclava sin cometer en ella estupro ni otra ofen-

sa pública, pues que estaba permitido á los señores este coito por derecho de la potestad dominica ó señorial. Justiniano quiso revestir estos ayuntamientos con la virtud de legitimar todos los hijos nacidos antes de que se convirtiesen en verdaderos matrimonios; pero no aquellos que estaban reprobados y prohibidos por las leyes, aunque despues de contraidos no se rescindiesen. Dice Paulo *lib. 11. sent. tit. :9. §. 2.* „Los matrimonios de los que están bajo la patria potestad, no se contraen legalmente sin el consentimiento paternal; pero contraidos, no se disuelven.” La utilidad pública prefiere al interes de los particulares. Si el padre consentia despues, el matrimonio quedaba lejítimo; pero los hijos habidos antes no se legitimaban aun en tiempo de Justiniano, lo que se hacia estensivo á las uniones prohibidas por la ley de la clase que antes se ha dicho, aunque despues dejenerasen en lejítimo matrimonio. Solo se modificó el rigor del derecho antiguo en juzgar de la condicion de los hijos, no tanto por el tiempo de la concepcion como por el del parto. Por lo cual, si alguno tomaba por esposa despues de parir á aquella que habia estuprado, no era lejítimo el hijo habido antes, sino que permanecia espúrio, porque el estupro se reputaba crimen segun la ley *Julia de adult.*

## XIV.

Esto supuesto, los intérpretes no han fijado con seguridad la doctrina de la legitimacion, suponiendo cierta ficcion retroactiva, por la que el matrimonio se debia retrotraer al tiempo de la concepcion ó del parto; por manera, que si el matrimonio podia ser lejítimo entre los concubinos, debe surtir todo su efecto la legitimacion. No obstante, Sarmiento y Amoya han promovido esta vana contienda, empeñándose aquel en que debia atenderse al tiempo de la concepcion, este al del nacimiento. Semejante controversia á mi parecer es inútil y ajena de esta doctrina. Primero, porque en ninguna parte sancionaron tuviese lugar la ficcion retroactiva, siendo solo propio de las leyes establecer ficciones cuando lo exige la necesidad, y no del capricho de los intérpretes. En segundo lugar, porque

esta doctrina de si debe ó no retrotraerse al tiempo de la concepcion ó del nacimiento, es muy ajena de la legitimacion. No se puede dar una razon mas clara de aquel tiempo que inmutó Justiniano por la *l. 11. in fin. C. de notar. lib.*, ni del de nacimiento, como que solo debe atenderse en aquellos casos en que el subsiguiente matrimonio no hace legitimos los hijos; pero no puede hacerse estensivo á la legitimacion de los hijos naturales que por subsiguiente matrimonio se legitiman para beneficio y consuelo de sus padres, por haberse separado del concubinato, transformándole en verdadero matrimonio. Si tuviese lugar la ficcion retroactiva, se seguiria que los hijos nacidos de estupro deberian legitimarse por subsiguiente matrimonio segun derecho civil, porque al tiempo del nacimiento podia haber entre ambos matrimonios. Por el contrario, sucederia que entre los que no podia haber legitimo matrimonio al tiempo de la concepcion ó del parto, existiria la legitimacion por el siguiente matrimonio para hacer legitimos á todos los hijos habidos antes. He aqui un ejemplo tomado de la *Nov. 78. c. 4.*, en donde se explica así el emperador: „Y de tal modo nos convencen las circunstancias „y la verdad, que si alguno tuviere hijos de una criada, „y quisiere despues manumitirle para otorgar los instrumentos dotales, despues por la misma consignacion de „la dote tendrán los hijos el derecho de libertad, que tambien se llama *res sui juris*, sin que exijamos á los hijos „una especial libertad, pues que quedan manumitidos al „mismo tiempo que su madre, recibiendo antes ó despues „la libertad, pues con solo el otorgamiento de las escrituras dotales, les concedemos libertad. Qué mayor señal „puede dar un padre de la libertad de sus hijos, que presentar su mujer en libre y solemne otorgamiento de los „instrumentos matrimoniales?” Bien claro está en el presente ejemplo que la madre era esclava al tiempo del nacimiento de los hijos: no asistiendo el matrimonio en este tiempo, y no pudiendo en la comun hipótesis legitimarse los hijos nacidos de ella por la manumision, ni por las nupcias contraidas despues legitímadamente, cuando por concesion del emperador tiene el subsiguiente matrimonio el beneficio de que los hijos habidos antes gocen del derecho

de libertad, la que deduce el emperador de la presunta voluntad de aquellos que elijieron el concubinato, l. 10. de nat. lib., sin que proceda de una ficcion de derecho. Dice el emperador: „No es verosimil que todo el que con-„signó la dote y la donacion, no tenga á la mujer desde „el principio una inclinacion que la hace digna del nom-„bre de esposa.” Determinó el emperador que nada habia que fijir en estas palabras. Deduce del amor á la mujer, que es probable que el marido tenga intencion de tomarla por esposa, aunque no lo haya manifestado al instante, hasta despues de tener hijos. Quinto: qué necesidad hay de ficcion cuando el matrimonio subsiguiente se le ha atribuido el efecto de que aproveche á los hijos habidos antes, lo que es muy suficiente. Por cuyo motivo parece que el matrimonio intermedio les perjudica. Supongamos que un hombre ha tenido hijos de una concubina, y despreciándola contrae con otra matrimonio, y muere esta, vuelve á tomar la manceba por esposa: si se insiste en la ficcion habrá de concluirse que un marido ha tenido á un mismo tiempo dos mujeres, cuya consecuencia repugnaria al derecho romano, ó al menos impedia la legitimacion de la prole concebida antes.

## XV.

Se debió proponer todo con mayor distincion y claridad, para que constase sí y como puede tener lugar la legitimacion segun el derecho que rige en el dia, y qué efectos tiene sobre los hijos habidos fuera de matrimonio, cualesquiera que sean: bien claro es que si insistimos en los principios de derecho civil romano, esta legitimacion caracerá de todo efecto. Poco hace se ha demostrado que por derecho romano no tenia lugar en aquellos ayuntamientos que envolvian delito ó acto pecaminoso. En la actualidad no existe ayuntamiento fuera de matrimonio permitido y lícito; cualquiera que sea está reprobado, condenado y prohibido. Por lo mismo el subsiguiente matrimonio no podrá legitimar á los hijos, si juzgamos por las leyes civiles que estan en uso. No solamente está reprobado y condenado por derecho canónico el amancebamiento, y

contado entre los nulos , segun demostré *tom. 2. jur. eccle. tit. de cohab. clericor. et mulier*, sino tambien prohibido á los que no pertenecen á este estado , *vid. ord. polt. de ann. 1577, tit. 26* : por manera que una meretriz en nada se diferencia de una concubina segun las leyes ; y los canonistas suelen marcar con manchas tan feas el concubinato , que lo hacen mas detestable que la fornicacion. Asi juzga Sarmiento , *l. 1. select. enterpet. c. 7. n. 1*, diciendo : „Es mas detestable el amancebamiento y la fornicacion „concubinaria, particularmente con mujer tenida en casa, „que si no hubiese costumbre, y se fuese á una prostituta.” De donde colije , „que hoy no puede llamarse hijo „natural ninguno: el nacido de meretriz no lo es, porque „es espúrio. Tampoco se pueden llamar asi los habidos de „concubina , porque está prohibido el concubinato hoy por „derecho canónico, y se tienen hijos de él con gran pecado. Es ridículo , prosigue , que sea de mejor condicion el „que perseveró mucho tiempo en pecado , que el que se „acerca alguna vez á la prostituta ; por manera que se „tiene por mas punible el coito con una concubina que „con una meretriz.” Estos principios , que estan vijentes en el dia , impedirian toda legitimacion , si el derecho nuevo no introdujese el canónico , del que usamos.

## XVI.

Esto supuesto, es claro que la legitimacion no tiene en el dia lugar sino para aquellos que nacen de punible ayuntamiento ; la que desconoce el derecho civil, pero le adopta el canónico ; y esto mismo se debe explicar por otros principios diferentes del derecho civil, segun confiesa Lauterbach. *diss. de legitimat. per subsequens. matrim. §. 30.* Por cuya causa hoy se legitiman los espúrios, esto es, los habidos de estupro ; lo que enseñan los textos del derecho canónico. En el *c. 1. X. qué hijos son legitimos*, se manifiesta un caso en que uno se habia casado con una mujer de quien antes habia tenido una niña, cometiendo en ella de este modo estupro. Se preguntaba por el estado de la niña, el que defiende el pontífice. „Mandamos, dice, en „cuanto sea asi, que se tenga por lejitima, prohibiendo

„que á semejante mujer por este motivo se le cause daño  
 „ó perjuicio en la herencia paterna. Si alguno contravi-  
 „niere á esto, perseguidle con todo el rigor de las leyes  
 „eclesiásticas.” Muerto el padre de esta niña, su tío cues-  
 tionaba sobre su estado, y pretendia excluirla de la heren-  
 cia por ilegítima. Y se cumplirían sus deseos, si el papa,  
 separándose del derecho civil, no determinase que debían  
 ser admitidos á la herencia los hijos habidos de coito re-  
 probado. El mismo Alejandro III, *in c. 6. X.* dijo despues  
 jeneralmente: „Es tanta la virtud del matrimonio, que  
 „que aquellos que son enjendrados antes (de punible ayun-  
 „tamiento) se tengan por legítimos despues de contraido  
 „el matrimonio.” Los que nacen en el dia antes del ma-  
 trimonio, ya de estupro, ya de concubinato, ó de otro  
 coito torpe, se legitiman por subsiguiente matrimonio se-  
 gun este decreto pontificio. Alejandro III á este y no á las  
 ficciones retroactivas adscribió la virtud de legitimar; y  
 de tal manera la consigna al matrimonio, por ser favora-  
 ble, y aun la causa espiritual, que aconseja que se pro-  
 mueva de todos modos, segun espresa el texto orijinal, en  
 el que se dice: *tanta es la fuerza del sacramento.* Llama  
 el pontífice naturales á los habidos de un soltero ó una sol-  
 tera, *c. 13. X.*, siguiendo el error comun. No lo son según  
 derecho civil, por el que solo se llaman naturales los ha-  
 bidos de coito permitido, no del estupro ú otro cualquie-  
 ra prohibido: cualquier nombre mas honroso que se dé á  
 los nacidos de soltero ó soltera, es cierto que por derecho  
 canónico se dicen nacidos de punible ayuntamiento.

## XVII.

Estando, pues, señalado en favor del matrimonio la  
 virtud de legitimar, que es grande, por este motivo, *c.*  
*26. de sent. es re judic.*, se colije, que por subsiguiente  
 matrimonio tambien se legitiman los hijos habidos de  
 aquellas personas que al tiempo del coito ó del matrimo-  
 nio no podían contraer legítimo matrimonio, si despues  
 por alguna causa estuviese en estado de hacerlo. Sobre este  
 punto se han suscitado graves controversias, en el que na-  
 da decidiríamos de cierto si hubiéramos de atenernos á

las opiniones de los jurisconsultos ; pues no solo estan discordes, segun dejamos manifestado, en los principios del derecho civil, sino tambien del canónico, de donde sucede que cada uno sigue su partido, llevado de la opinion que ha formado. Es cierto que por derecho civil de ningun modo servia el matrimonio para los hijos ilejítimos, contraidos entre aquellos que les estaba prohibido ; era injusto é ilejítimo aunque en varios casos no se rescindiase, segun demostramos arriba §. 12. Tampoco Justiniano hizo extensivo este beneficio á ellos, sino que lo limitó á los padres concubenarios que desde un principio podian tomar por esposa á la concubina, ó despues, como hemos hecho ver hablando de los hijos de una criada. Se juzgaban indignos de él á los padres que habian contraido ilejítimo matrimonio, delinquiendo contra las leyes, particularmente cuando el beneficio de la lejitimacion mas era en favor de los padres que de los hijos, quienes convenian que estuviesen sujetos á la patria potestad, segun costumbre de los romanos. El derecho canónico, considerando en el matrimonio mas bien la cualidad de sacramento, concedió el beneficio á los hijos, borrándoles una mancha que le sirviere de grande obstáculo para obtener ciertos cargos civiles, segun se indicará muy luego. Por lo mismo es muy probable que este derecho no quiso escluir á los hijos de que vamos hablando.

## XVIII.

Procuremos ver cuales son estos, cuyo estado se ignora en el dia, porque no han podido sus padres desde el principio vivir en lejitimo matrimonio. Debemos referir aqui los habidos de adulterio, *C. 4. X. qui filii sint legit.*: pues aunque el derecho civil siempre tiene por lejitimo el matrimonio entre adúlteros, no obstante, esceptuando dos casos. *C. 6. X. de eo qui dux in matrim.* Los nacidos en grado prohibido, aunque se haya contraido el matrimonio, el que debe rescindir por derecho canónico, *C. 10. X. qui fil. sint leg.*; ó fueren de estupro incestuoso, pues por el beneficio de la dispensa, en aquellos grados que no esté prohibida, se permite el matrimonio; y quién dudará en-

tonces que es lejítimo aunque la cohabitacion antes de la dispensa fuese nula? 3.º Los enjendrados de judía y cristiano (entre los que está prohibido el matrimonio con la pena de adulterio); pero si la judía se convirtiese à la religion católica por medio del bautismo, es lejítimo el matrimonio con ella, lo que no era permitido en el tiempo del coito. 4.º Si un esclavo, ó mas propriamente, un señor tiene coito con una criada, y de ella tiene prole ilejítima en aquel tiempo en que no quiere casarse. Qué resultará si despues de algunos años intentare casarse? Sin duda que debe admitirse por válido el matrimonio entre ellos, aunque antes era resistido por el mismo objeto del concubinato. 5.º Los nacidos de desigual matrimonio, segun el derecho jermánico, son ilejítimos é incapaces de suceder á sus padres, segun enseña *Adamus, lib. 1. histor. eccles. C. 5.*, de lo que tenian sumo cuidado los alemanes, para que con los enlaces humildes no se mancharan las familias ilustres, cuyos matrimonios suelen llamarse bajos.

Se llaman iguales los matrimonios entre duques, príncipes, condes y otras dignidades: no hay pocos ejemplos de que los mismos emperadores han tomado esposas de la clase y familia de condes, *D. Ludolf. de jure fam. ill. sellect. 1. §. 8. y 12. Sv. Adam Kop., de la gran diferencia entre los condes y los nobles, sect. 3. §. 51.* Cualquier artesano, pues, que casaba con una hija de la primera nobleza, ó el noble que lo verificaba con una de la ínfima plebe, se reputaba el matrimonio por ilejítimo. Esto se halla confirmado en las disposiciones del derecho provincial de Sajonia, *lib. 3. C. 73.* De cuya disposicion se hallan mil ejemplos antiguos y modernos recopilados por Ludewig, en los comentarios *ad B. A. tit. 30. §. 2. p. 1374. seqq. Dr. Ludolfio cit. l. sect. 1. §. 3. seqq.* Y si la mujer de inferior condicion por gracia del príncipe fuese elevada á la suprema nobleza, aprovechará este beneficio á los hijos nacidos antes, despues de confirmarse por lejítimo el matrimonio, y tener efectos de tal? Será reducido á aquel grado que piden las nupcias lejítimas? Qué deberá decirse cuando el príncipe se case con una mujer noble ó plebeya, la que despues el César eleva á la dignidad de condes? Queda lejítimo el matrimonio entre ellos, que no

lo podia ser antes. Sucedió un ejemplo de esto en tiempo del emperador Rodolfo I, en el año de 1273. Casándose Rihardo, conde de Hanan, con Adelaida Ulirice, hija de un viejo señor de Murtzemberg, cuyo matrimonio se afeaba algun tanto porque Adelaida era hija de un padre ministerial, por concesion de Rodolfo con el consentimiento de todos los electores fue declarada noble é injénua, para que en lo sucesivo no se pudiese ningun defecto á un matrimonio cuya validacion mudaba desde su principio. El cancelario de la célebre academia Mapurjense, Waldsekm-dius, nos refiere los diplomas y cédulas electorales.

## XIX.

Aqui recuerdo los habidos de ayuntamiento con monje ó monja, el que es sacrílego. Pues bien se deja conocer que en este caso nunca tendrá lugar la legitimacion, porque el voto de castidad obliga á los monjes siempre á la ley del celibato, sin que puedan aspirar al matrimonio. Pero no deja de haber algunos ejemplos de algunos casos de lo contrario. Es bien sabido que el pontífice puede relajar el voto de castidad á los monjes y virjenes consagradas á Dios, para contraer matrimonio y tener sucesion legítima. Dice Rosenthal, *de defend. C. 7. concl. 30. n. 3. 4.* »Si el monje por dispensa del pontífice se casare, puede »suceder en el feudo, y aun todos los que por dispensa »dejan la relijion; y como se dice, se secularizan, quedan »hábiles para los feudos, esto es, para el matrimonio." El papa puede dispensar al monje para que se case y se secularice si lo exijiese una justa causa, como dice él mismo, *l. cit.* Importa confirmar esto con ejemplos. Muerto por los moros Alfonso, rey de Aragon, fue sacado del monasterio Remelio en el año de 1160, y promovido al trono por dispensa del papa con facultad para poder casarse. *Rob. de Mont. in apend. ad cron. Sigebert. ad cit. ann.* Los polacos tambien coronaron á Casimiro, monje benedictino, sacándole del claustro, y despues contrajo matrimonio porque se decia secular, Igualmente Uladislao, á pesar del vínculo monacal que disolvió facilmente el papa, vistió la púrpura secularizado *Limneo ad B. A. C. 7. §. 1.*

obs. 10. *Coppinno de sacra politica*, lib. 2. tit. 3. n. 22. Aunque segun el cap. 26. in f. X. de stat. monach., el guardar castidad es tan anejo al estado monástico que contra ello no puede dispensar el sumo pontífice; esto sucede solo cuando quiere relajarse este voto sin disolver el vínculo monacal. Ponce, de matrim. lib. 7. C. 10. §. 8. Conf. de Nicolis in praxi canoni, tom. 2.

## XX.

Todavía añadido los nacidos de consorcio con clérigos, que en la iglesia romana de tal modo están prohibidos de matrimonio, que los hijos de clérigos, si se exceptuan los de órdenes menores, que pueden casarse, son ilegítimos, segun he indicado ya. Podrán no obstante secularizarse para poder contraer matrimonio? No puede dudarse siempre que lo permita la dispensa del papa, si aun no estuvieren marcados con el carácter indeleble, y renuncien al estado clerical. Asi puede suceder que un clérigo tome por esposa á la que antes habia estuprado sacrílegamente, y de ello habia tenido hijos. Repetidos ejemplos hay de este en nuestro imperio, de algunos que sin haber ascendido todavía al orden sacerdotal por dispensa pontificia se casaron condecorados ya con la púrpura cardinalicia. En el año de 1314 Alberto Austriaco habia obtenido ya el obispado de Petavia, promovido de párroco de Viena, segun dice Hundo in metropol. Salisb. tom. 1. páj. 214. noviss. edit.; »pero viendo, prosigue, que sus hermanos estaban »sin sucesion, y sin patrimonio unos, y los otros que habian contraído enlaces estériles, determinó casarse: por »dispensa del sumo pontífice lo verificó con Juana, hija »del último conde de los Pirretas, con la que se ha hecho »heredero de todo el condado que confina con la Helvecia." En el año 1364 tambien Adolfo, arzobispo de Colonia, prévia la resignacion dotal, prefirió el estado secular al eclesiástico, dispensado por el pontífice: habiendo enviado al pontífice sus procuradores, renunció en sus manos el arzobispado, solicitando al mismo tiempo que le transfiriese en su tio Enjelberto, obispo de Leondia; cuya súplica, aunque la recibió mal el pontífice, publicando de

acuerdo con los cardenales un decreto para que en lo sucesivo á nadie se admitiera á las dignidades eclesiásticas sin estar ordenado de sacerdote (con lo que se quitan las resignaciones), ó hiciere esto con fe cierta.

No obstante, permitió que Adolfo abdicase, segun dice Niccolao Scateno, in *Anal. Paderborn. ad ann. 1364. p. 364.* Enrique, conde de Obsatia, renunció el obispado de Os nabrumg en el año de 1404, y se secularizó, segun testifica Meibon, tom. 2. de las cosas de Germania, p. 240. ann. 1418. El papa Martino V en el concilio de Constanza permitió y dispensó á Juan, obispo de Leoadia, para que dejase el obispado y se casara. *Vid. Fleuri, tom. 21. histor. ecles. páj. 511. seq.* Enrique, hijo de Alberto, rey de Bohemia, con dispensa del papa resignó y se casó con Isabel, hija del conde Ruperto. *Muster, Cosmogr. in general. Ausburg.* Etelfo, rey de Inglaterra, promovido ya al subdiaconado con dispensa pontificia se coronó y casó, segun Alfordo. *Anal. Angl. ad ann. 837. n. 7.* No faltan tampoco ejemplos de cardenales que dejando la púrpura sagrada se han secularizado. Valentino, cardenal, por concesion de Alejandro VI, renunció en un consistorio solemne, y se pasó al estado secular. *Varsllar, t. 1. hist. de Luis XII, p. 19.* Rainaldo 1498. Lo mismo hizo en el año de 1587 el cardenal Fernando de Médicis para librar á su familia de la muerte, *Flaminio Parisio de reng. lib. 5.* Algunos obispos de Italia seguian esta costumbre cuando lo exijia el interes de su familia, segun consta de Ruperto Ursino, que en tiempo de Julio II, año de 1512, dejó el arzobispado, mudó la vida clerical con una esposa que le amaba, segun dice *Uchel in ital. saor. tom. 9. páj. 353. noviss. edit.* «El mismo dice al tomo 3, que Alejandro, único de la familia Usimbárdica, con esperanza de tener prole se casó con Corsinia, mujer noble.” Todos estos ejemplos solo manifiestan que algunas veces los clérigos por motivos propios de jente ilustre, despues de secularizados se han casado, aunque en el estado de clérigos eran inhábiles para hacerlo, ni tampoco faltan ejemplos de haber un clérigo embarazado á una mujer, y ha conseguido despues prévia dispensa pontificia para contraer matrimonio con la misma, perdiendo la cualidad de clérigo.

## XXI.

Con estos y otros ejemplos se disputa hoy de la eficacia de la legitimacion, segun los principios del derecho canónico, con grande ardor y agitacion. Oigamos primero á los que dicen que debe quedar sin efecto semejante legitimacion desde el principio de la práctica del dia. Sientan, que en los casos dudosos el derecho canónico debe estar acorde con el civil, sin establecer entre ellos una diferencia tal, que pueda temerse que los cánones condenen la autoridad de las leyes: solo debe tener efecto la legitimacion de los hijos naturales, en cuyo lugar substituyó el derecho canónico los nacidos de soltero ó soltera, entre quienes podia haber lejítimo matrimonio al tiempo del coito, segun se demuestra, *C. 13. X. qui filii sunt legitimi*: el mismo pontífice en materia de legitimacion recurre á las leyes civiles, las sigue, de ellas toma las decisiones, segun testifica Inocencio III, *C. 13. est in fin.*: procede esta legitimacion mediante la ficcion, por la que se retrotrae el subsiguiente matrimonio al tiempo del coito, presuponiendo la habilidad de los cónyuges en este tiempo para contraerle. Por el nuevo derecho, no obstante, basta que lo sean al tiempo de la concepcion ó del nacimiento para que mejor pueda aprovechar á los hijos, segun enseña Gonzalez, *C. 1. L. qui filii sunt leg. n. 12.* Del mismo sentir fue Alejandro III, *c. 6. X. eod.*; por el que permite el uso de la legitimacion; pero escluyendo los hijos adulterinos por las siguientes palabras. «Si el hombre viviendo su esposa »conociese otra (en cuyo tiempo no podia casarse con ella), »y tuviese hijos, aunque despues de la muerte de su mujer contrajera matrimonio con la misma, es espúrio el »hijo que hayan tenido, sin derecho á heredar;” y añade mas el pontífice: «Si cualquiera de ellos hubiere maquinado alguna cosa contra la vida de la primer mujer:” arguyendo el pontífice del menos el mas. Pues si no se legitiman los hijos espúrios por subsiguiente matrimonio, mucho menos por un matrimonio nulo, cual es el contraido entre los que han maquinado la muerte de uno de los cónyuges, de todo lo que presenta las suficientes razones:

Gonzalez en la *l. cit.* De aqui debe colejirse, segun el sentir de Sarmiento, *lib. 1. select. C. 5. n. 7*; si un monje que todavia no ha profesado tuviere un hijo, aunque haya resuelto no profesar, si no ha manifestado esto con acciones esternas, ni ha dejado el vestido monacal, el tal hijo no es natural ni capaz de legitimacion. Lo propio debe decirse del beneficiado que habia determinado dejar el estado clerical; pero antes de haberlo hecho habia tenido un hijo, porque permaneciendo en el estado eclesiástico era incapaz de matrimonio. Los argumentos deducidos en contrario sentido del *C. 6. cit.*, deben restrinjirse, segun siente Wiestneri *ad cit. decr. qui filii sin...* Si, pues, segun las determinaciones de Alejandro III es ilejítima é inhábil para la legitimacion la prole que no solo ha nacido, sino la que ha sido concebida, viviendo la mujer propia, de una estraña, debe reputarse por hábil la que se tuvo, no viviendo ya la esposa propia, de padres hábiles para contraer matrimonio al tiempo del nacimiento.

## XXII.

Es bien claro y cierto que los intérpretes para discutir esta cuestion siguen principios diversos, substituyendo el antiguo derecho ya corregido á los principios y razones que hay para decidir, y suponiendo ficciones que no existen. Pero como toda la fuerza de la decision depende de la verdadera interpretacion del *C. Tanta. 6. X. qui filii sint legitimi*, debemos recurrir á las fuentes para conocer el verdadero parecer de Alejandro III. El compilador de las decretales truncó demasiado el texto, le mutiló obscureciendo su verdadero sentido, que no puede entenderse sin recurrir á las verdaderas fuentes. La constitucion de Alejandro III se halla íntegra en el *apéndice del concilio Lateranense III. part. 39. ann. 1179. tom. 6. concl. p. 2. p. 1819*, y su tenor es como sigue.

» Nos acordamos que consultados acerca de la causa que » existe entre R. y P. sobre cierta herencia que pide R. en » nombre de Sibila, su mujer, os hemos respondido y es- » crito asi: que si fuese cierto, segun contenia su carta, » que entre el padre y la madre del dicho R., despues de

»su nacimiento hubo y se contrajo matrimonio, se debe  
 »declarar por hijo legítimo sin recurso ni apelacion algu-  
 »na, sin escluirlo de la herencia paterna por esta causa.”  
 Estas palabras dan bien á entender que los hijos habidos  
 de estupro, y tambien los de dañado ayuntamiento, se le-  
 gitiman por el subsiguiente matrimonio. El pontífice da la  
 razon de ello: »Tanta es la eficacia del sacramento, que  
 »los enjendrados antes se tienen por legítimos despues de  
 »contraido el matrimonio.” Se atribuye al sacramento la  
 fuerza de legitimar que se cree oculta en el matrimonio,  
 cuya virtud es tanta, que se cree hacerla estensiva para  
 los nacidos antes de delicto, haciéndoles legítimos; en esto  
 solo insiste el pontífice, sin recurrir á las ficciones que  
 solo existen en el cerebro de los intérpretes; pues la san-  
 tidad del sacramento es tanta y tan eficaz, que se juzga  
 suficiente para borrar cualquier mancha contraida de ile-  
 gítimos enlaces, si despues pudiese haber matrimonio le-  
 gítimo entre los cónyuges. Las siguientes palabras que aña-  
 de el pontífice, manifiestan claramente que la dispensa ha  
 de tomarse con esta restriccion. »Pero porque P., fuera de  
 »lo que se dice en tus letras, nos ha manifestado que su  
 »padre, viviendo su legítima mujer, tenia por madre á R.,  
 »y lo habia enjendrado en adulterio, maquinando su ma-  
 »dre la muerte de la otra esposa, requerimos á tu frater-  
 »nidad para que sepas, y si llegares á cerciorarte de que  
 »en vida de su legítima esposa el referido padre abusó pù-  
 »blicamente de la madre de R., lo declares espúrio é in-  
 »digno de heredar, principalmente si su madre hubiere  
 »maquinado contra la vida de la primer mujer, porque no  
 »podian entonces contraer legítimo matrimonio.”

Todas estas palabras indican, primero, claramente que  
 Alejandro III fue consultado del caso en que el matrimonio  
 no podia ser legítimo entre los cónyuges, y porque era  
 cuestion de hecho delegó su conocimiento al obispo de Si-  
 nensia; segundo, que Alejandro III siempre fue de dictá-  
 men que el matrimonio contraido con adúltera era ilejíti-  
 mo y de ningun valor, segun prescribian los cánones anti-  
 guos. Esto mismo indica él en el *C. t. X. de eo qui duxit  
 in matrem quem pollut per adult.*, por las siguientes pala-  
 bras: »Se nos ha propuesto que un marido que teniendo

»mujer tuvo coito con otra que ignoraba estuviere casado;  
»pero muerta la primera quiere separarse de ella, aseguro  
»rando que en la vida de su mujer no le era permitido  
»rennirse con otra." El marido habia tomado pretexto para  
dudar en este caso de las disposiciones del derecho antiguo, y el pontífice al decidir esta tésis, ni la abandona ni la deja, sino que se produce del modo siguiente. »Aunque  
»que esté establecido por los cánones que ninguno se case  
»con aquella con quien ha adulterado, ni con aquella á  
»quien habia dado palabra en vida de su mujer, ó con la  
»que ha maquinado contra la vida de su mujer." No habla aqui Alejandro restrictivamente, sino estensivamente, para manifestar que segun los cánones antiguos está mucho mas prohibido el matrimonio, ya se diese á la adúltera palabra de matrimonio futuro, ya si con las esperanzas de él se coligare con el adúltero para atentar la vida de la lejítima esposa. La partícula mucho mas ó máxime no limita, no restringe, no hace escepcion, sino que segun sentir de todos amplia la disposicion. Ademas de esto, el pontífice Alejandro toma este dictamen hipotéticamente; pero dice que no se debe dar lugar á que se aplique el caso en que la mujer haya ignorado que el marido tenia esposa lejítima; y por lo mismo, que tenia buena fe, porque el marido siempre se debe juzgar indigno por haber reportado utilidad de su dolo. De donde se puede colegir que el matrimonio se podrá dirimir segun el dictamen del pontífice, si á sabiendas la mujer tuvo coito con el adúltero, aunque no hubiese concurrido ninguna de las otras circunstancias. Verdaderamente que Graciano habia insertado en su compilacion la restriccion referida acerca del matrimonio de los adúlteros, y creia que debiera aprobarse, segun lo declara despues. *C. 3. casus 31. q. 1.* Pero en tiempo de Alejandro, pontífice del mismo siglo, todavía no tenian aquella autoridad las decretales indispensable para que se arreglen por ellas los pontífices en sus decisiones; á lo menos constan que Alejandro III fue de esta opinion; que los matrimonios de los adúlteros siempre debian reputarse por nulos jenéricamente, y mucho mas si las circunstancias de que se ha hablado aumentasen este delito, cuyas prohibiciones quiso restringir Graciano. De igual

raciocinio usa Alejandro III *ex append. concil. later.*, en las palabras que dejamos referidas, particularmente cuando se le presentó un caso en que el adúltero ha conspirado á la vida de la esposa, y da la razon de ella: *por cuanto no podian contraer legitimo matrimonio*; cuyas palabras omitió el compilador de las decretales, poco previsor del sitio en donde está comprendido el fundamento para decidir.

## XXIII.

Por lo mismo esta decision no se puede aplicar á aquellos casos, segun el sentir de Alejandro III, en los que despues puede ser legitimo el matrimonio entre los adúlteros: despues de la compilacion de Graciano lo aprobó Inocencio III, como que fue amigo de seguir esta doctrina. En las palabras de *C. 6. X. de eo qu. dux in matrim. quan. pol. per adult.*, sentó que podia contraerse matrimonio legitimo entre el adúltero y la adúltera, esceptuando los casos de que se ha hecho mencion, segun han observado *B. Strychius in V. mod. ad tit. de his qui sui vel alieni jur. §. 12. et B. Tomasius cit. dess. p. 55.* En cuyo caso se puede contraer matrimonio legitimo, quedando legitimo el hijo concebido de adulterio, sin que se pueda aplicar la disposicion *C. 6. X. ejus*, como que supone aquel adulterio que escluye aun despues el matrimonio. Finalmente, la razon de esta legitimacion únicamente se descubre en la virtud del sacramento, que es tan eficaz, que puede aprovechar á los hijos habidos antes. El pontífice estuvo muy lejos de seguir los principios de derecho civil, segun los que deberia cesar toda legitimacion. Este los escluyó y separó de toda legitimacion, no asi el derecho canónico, segun el que todos los que nacen fuera de matrimonio, nacen de coito punible, segun se ha demostrado. Esto supuesto, es evidente que los hijos nacidos de incesto ó de ayuntamiento con monje ó monja, se legitiman por el subsiguiente matrimonio, siempre que haya intervenido dispensa del pontífice. Si esta dispensa tiene ó no pleno efecto, depende la resolucion de la disputa, »hasta donde se »estienda su potestad, que dispensa tales matrimonios »contrarios á las leyes, y si el impedimento que les ileji-

n tima es eclesiástico ó civil." Lo que dejo explicado en la disertacion preliminar *ad tom. IV. jures eccles. prot. §. 53 et seq.*

## XXIV.

Fácilmente se pueden disolver las dificultades traídas por los contrarios, y que hemos indicado en el §. 21. Confesamos que en las cosas dudosas debemos poner conforme el derecho civil con el canónico cuando uno y otro derecho forman sus decisiones por unos mismos principios y reglas. Pero en este caso, quién negará que el derecho canónico ha fijado diferentes principios, tomándolos de la virtud del sacramento? Quién dudará que los hijos de estupro, coito reprobado por las leyes, se legitiman por derecho canónico? No basta que se digan naturales por derecho canónico. De decir á ser va mucha diferencia. Los que reconoce el derecho canónico como naturales no lo son en sentido del derecho civil, sino que impropiamente se llaman asi. El que el derecho canónico *in C. 13. X. qui filii sunt leg.*, se apoye en las leyes civiles no demuestra que siempre apoye en ellas su doctrina, antes por el contrario el mismo pontífice en el ya citado texto indica que en la legitimacion por rescripto el derecho canónico no sigue al civil. Este separa de la legitimacion á todos los adúlteros: el canónico asegura que por rescripto se puede legitimar, cuya diferencia procede de que los nacidos de adulterio son de punible ayuntamiento lo mismo que los de estupro; y de consiguiente, asi como admite estos á la legitimacion, tampoco puede escluir aquellos. Pero el derecho civil escluye á los nacidos de uno y otro coito. Se alucinan los que para hacer efectiva la legitimacion recurren á cierta ficcion, y alegan lo que ha dicho el antiguo derecho civil, en el que aun no se habia dado al subsiguiente matrimonio semejante virtud, ó no se habia fundado en el derecho del código, segun dejo demostrado arriba. No hay indicio alguno de que los pontífices hubiesen fundado sus decisiones en la ficcion. Inútiles y ociosas son por lo mismo las disputas de si debe atenderse al tiempo de la concepcion, cuando el pontífice atribuye toda esta eficacia al subsiguiente matrimonio, deduciéndola de la santidad del ma-

rimonio. He conocido que el compilador, en lugar de la palabra sacramento puso la de matrimonio, sin duda por la razon de que esta voz es mas clara en la materia. Al menos en el apéndice al concilio lateranense III existe la palabra *Sacramenti*. No debe admirarnos que Raimundo haya cambiado esta voz cuando truncó y desnaturalizó todo el texto del *cap. 6. cit.*, que no puede llegar á comprenderse su verdadero sentido sin recurrir al lugar auténtico. Finalmente, el argumento que en sentido contrario del citado capítulo deduce Wissenerio, y de tal manera lo comenta, que por una parte no impide lo que hemos dicho arriba, de que Alejandro III hubiese reprobado el matrimonio contraído con la simple adúltera, y por otra que si se admite no debe comprender mas que á los padres adulterinos que han vivido amancebados fuera del tiempo del matrimonio, aunque haya duda acerca de estos; á saber, los parientes en grado próximo, aunque libres, y los clérigos y monjas mezclados con una soltera.

## XXV.

Basta luego el matrimonio contraído despues, siendo suficiente para justificarlo las escrituras de dote y de casamiento. Entre los romanos se declaran por medio de estas escrituras sólidos las matrimonios; de suerte que la dote distingue la verdadera mujer de la concubina. El derecho canónico no se contenta, ni puede contentar con esto, pues que para la validacion requiere la bendicion sacerdotal. Con esta, precediendo tres amonestaciones, se completa, y se dice que el matrimonio ha sido contraído *in faciae ecclesiae*, lo que basta. *C. 2. inf. X. de clandest. dispon.* Esta solemnidad no la exijia el derecho romano, ni aun en el tiempo de Justiniano, y por lo mismo no se necesitaba de otro signo para demostrar el matrimonio mas que el amor marital. Oigamos á Lauterbachio, *et diss. 5. XXV.*, que todavía avanza á mas. Segun comun sentencia de los doctores, el derecho canónico ha remitido ya la necesidad de las escrituras dotales. Pero cuándo? Si no se puede alegar ningun texto en que se haya remitido la confeccion de dichos instrumentos por derecho canóni-

co, cómo se ha de establecer por este lo que no manda expresamente el derecho civil? En las cosas dudosas no debe haber diferencia. Con menos razon pregunta el referido juriconsulto, en qué lugar deja de exijirse este requisito, debiendo manifestar si proviene de los principios del derecho canónico la necesidad de semejantes instrumentos? Si hay la misma razon para contraer estos enlaces, segun el derecho canónico ó segun el civil? Dejamos demostrada su diferencia. Poca conformidad se establecerá entre ambos derechos si reconocen los diversos principios que á primera vista ocurren en los matrimonios. Dicen: »segun nuestra costumbre el matrimonio lejitimamente contraido, es suficiente para la lejitimacion, aunque no se hayan otorgado las correspondientes escrituras:» cuya tradicion no se contradice, ni puede contradecirse, segun la práctica recibida. Y cuando se pregunta, de dónde tienen origen éstas costumbres?Cuál es su razon?Cuál su fundamento? Se debe recurrir á aquellos fundamentos que encierra el derecho canónico. No han prevalecido contra la razon las costumbres alemanas, sino que estriban en fundamentos sólidos. Quién ignora que el derecho canónico ha dirigido la práctica de los alemanes en materia de matrimonio, que han observado constantemente, poco cuidadosos de que el derecho romano se separe de sus costumbres en esta parte?

## XXVI.

Ademas, por derecho romano se requeria para esta especie de lejitimacion el consentimiento de los hijos naturales, por la *Nov. 89. c. 11*; de tal suerte, que si habia muchos naturales, solo quedaban lejitimos los que consentian, *cit. Nov. c. 11. X. cit.* Ni era tanto en beneficio de los hijos como de los padres, á quienes convenia reducirlos á su patria potestad: por el contrario, los hijos lejitimados padecian *capitis-diminucion*, porque de libres y *sui juris* que eran, pasaban á serlo *alieni*: privados de todos los bienes; hasta que Justiniano asignó despues á los padres el usufructo, dejando para los hijos la propiedad. §. 2. de *acgr. per arrogat.* Lo que dije arriba acerca de

preferir la mejor condicion de los hijos naturales al estado de lejitimos, es demasiado claro y evidente, y manifiesta que siempre convino á los hijos que no cambiase ni disminuyese su estado. Hoy no se hace caso de este requisito, ni advertí que el derecho canónico lo exijiese, porque toda la eficacia la atribuye al matrimonio. Hoy solo, segun este derecho, se lejitiman los nacidos de dañado y punible ayuntamiento, cuyo estado es mas inferior que el antiguo de los naturales. Los espúrios, nacidos fuera de matrimonio, los partos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, los de matrimonios que habla el pontífice en c. 10. *ver. Perso. X. de renunt.*, y otros semejantes pertenecen aqui, segun he declarado; y de los que distintamente trata Gabriel Palaeoto, *noht. spr. riis. que fil. c. 16. seqq.* Todos estos los escluye el derecho canónico de los beneficios eclesiásticos, no quiere que sean clérigos, y ocultamente los hace despreciables, espuestos al odio de todos y al ludibrio público, reputándolos por indignos de ser admitidos á las dignidades civiles, al colejio de los artifices, y al derecho de los ciudadanos. Como segun juicio de los clérigos, el mundo se componia y gobernaba en los siglos antiguos por ellos, como que presumian saber mas que los legos bárbaros é ignorantes, no podian por menos que ser despreciables todos aquellos que lo fuesen por los clérigos, y que ellos separasen de su ministerio, segun refiere Palaeoto cit. c. 27; pero antes dice no eran escluidos de los cargos civiles. De donde claramente deduce, que hoy es de gran beneficio para los espúrios la lejitimacion, de manera que ella no resulta tanto en favor de los padres como de los hijos, por las razones que nos da el derecho canónico, por las que nos rejimos en el dia. Luego hoy la lejitimacion aumenta y no disminuye el estado de los hijos, en que deben consentir gustosamente. Aunque por ella pasen á la patria potestad, no es tan grande su efecto para que cualquiera desee permanecer mas bien en la clase de natural que en la de lejitimo, segun confiesa el mismo Lauterbac., *lib. cit. §. 26.* Ningun perjuicio se sigue á los hijos de lejitimarse, al contrario, conduce mucho á su honor y á su dignidad. Antiguamente era costumbre que los hijos en el dia solemne del casamiento se cubriesen

con un manto, juntamente con su padre y con su madre, que en el dia se llama esto *mantel kinder*; pero no se juzgue que se hace esta ceremonia para tomar su consentimiento, sino para manifestar que este lejítimo matrimonio confirmado con la bendicion sacerdotal les aprovecha. *Vid. Du. Fresne in glos. voc. Pallium.*

## XXVII.

Ultimamente, tanto el derecho civil como el canónico, quieren que el subsiguiente matrimonio sea válido y lejítimo para la legitimacion. Dudaron si el matrimonio momentáneo, como el contraído á la hora de la muerte, puede tener estos efectos, por no poder llamarse verdadero matrimonio, porque cesa todo su fin, concluyendo al mismo tiempo que principia. Todos los argumentos que suelen objetar contra estos matrimonios los reúne y resuelve Francisco Sarmiento, *Lib. 1. selec. interp. c. 6. n. 1* y siguientes, que no reproduzco. Algunos dan una entera eficacia á este matrimonio, no porque la ficcion del derecho tenga su valor en el artículo de la muerte, sino mucho mas antes, cuando nació el hijo, de cuyo argumento me separo, por quanto no se necesita de esta ficcion desconocida en el derecho. Tres son los fundamentos que asisten á esta legitimacion. El primero debemos tomarle de que no es tan cierta la muerte, ni se han perdido las esperanzas de vida, en términos que aquel matrimonio pueda decirse finjido y no verdadero. *V. Cocci de matrim. momentis.* El otro se debe tomar del derecho canónico, y de su sentido, que atribuye todo á la fuerza del sacramento, y le favorece tanto, que ni lo reprueba entre viejos, pues quiere que en caso de duda se esté por el matrimonio, *c. f. X. de sent. et re jud. c. 3. in f. X. qui matrum acuss. pos. c. 4. X. de ret. et int.* Se sigue ademas que no carece de efecto el tal matrimonio, sino que se estiende al hijo nacido, de suerte, que ni se puede llamar matrimonio momentáneo. Qué diremos si alguno contrae matrimonio bajo la condicion de legitimar el hijo ilejítimo, tenido antes de una madre que consintió bajo esta condicion, y que la aceptó, pero despues no quiere vivir en union matrimonial? No creo que

carezca de efecto, porque los cónyuges no están prohibidos de separarse bajo un pacto recíproco, salvo siempre el estado del matrimonio en (1) los demás derechos. Nada toca decir de los efectos de esta legitimación, porque solo quise hacer ver que hoy, según los principios de derecho canónico, es válida cualquier legitimación.

## XXVIII.

Por las mismas causas pasamos á demostrar lo mismo en la otra especie de legitimación, que se llama por rescripto. Fue inventada por Justiniano. Antes habia fijado la legitimación de los hijos naturales por arrogación, *c. 6. in fin. c. de nat.*; la que Justino quiso abolir, *l. 7. cap. ed.*, y la reprobó Justiniano *in Nov. 89. c. 7.* El mismo, no obstante, en el lugar citado añadió otra especie nueva á las antiguas, para que el padre pudiese legitimar y hacer suyos los hijos, con lo que volvió á restablecer la legitimación por arrogación, que tambien se habia de conceder por rescripto del príncipe, lo que habia desechado en la citada *Novel.*, según observa D. Tomas, *cit. diss. p. 43.* Esta legitimación era subsidiaria si la concubina no podia casarse por haber muerto, ó si era de un estado tal que no podia verificarlo sin deshonor, ó si elijiese vida religiosa; lo mismo dijo que debia observarse, según el tenor de las leyes antiguas, para que en lo posible se convirtiese en verdadero matrimonio el concubinato, aunque habia destruido esta resolución en otras varias de sus leyes. Solo el padre alcanzaba este rescripto de legitimación, no los hijos naturales, por cuanto antiguamente era mas bien beneficio del padre, según observa Heraldo, *lib. 1. quaest. jur. quot. lib. 1. cap. 5.*: tan solamente se legitimaban los hijos naturales, no los habidos de punible ayuntamiento, y esto cuando no habia otros hijos, según indica Justiniano, *Novelle 89. cap. 9.* De donde concluye Heraldo, que aquel que tiene mujer legítima no puede suplicar al príncipe que

(1) *Esta doctrina solo tiene uso en los paises protestantes, en que se juzga el matrimonio disoluble aun quoad vinculum.*

le legitime los hijos habidos de concubina, porque tiene impedimento para poder casarse con ella; pero qué sucederá si muriese? Si entrase en relijion? Si no pudiese casarse sin deshonra? En semejantes casos juzgo que no está denegado por derecho romano el beneficio de la legitimacion á los padres.

## XXIX.

Pero hoy dice Heraldo que se observan en el foro principios muy diversos, y con este motivo se lamenta diciendo: hoy se pueden legitimar con semejantes codicilos los hijos espúrios, aun viviendo su madre; y esta gracia la puede pedir no solo el padre, sino tambien la madre y los mismos hijos espúrios. Aun mas por ellos pueden legitimarse, á pesar de que se oponga su padre, y tenga mujer legítima, lo cual es contra el derecho romano. Veamos si lo es tambien contra el canónico. Si con él se conforma la práctica forense, no se puede llamar errónea en Francia y Alemania, despues que vivimos bajo el derecho romano, y no son solos los franceses los que usan de él, lo que debió haber observado Heraldo. Si dijese alguno que el derecho canónico no debió introducir principios diferentes del romano, no llevo á mal que se entable esta preferencia con el derecho pontificio. Uno y otro son estraños, y si se considera la práctica del foro, debe considerarse y apreciarse segun esté recibido en él. Como la esperiencia enseña que en estas doctrinas como en otras muchas se da la preferencia al canónico, nunca puede llamarse erróneo el uso que se haga de él, segun se va á demostrar.

## XXX.

Inocencio III, al c. 13. *X. qui fil. sen. leg.*, rogado por Guillermo, conde del Monte Pesulano, para que le legitimase un hijo que en vida de su mujer habia tenido de una concubina, despues de alegar varias razones en la curia romana para conseguir sus súplicas, que el pontífice presenta como motivos para dudar, dice: «Por quanto la silla apostólica tiene plena potestad sobre esto, parece que examinadas las causas con las que otras veces ha dis-

»pensado á otros hijos naturales, menos lejitimos, y aun  
»á los adulterinos, lejitimándolos para actos espirituales,  
»para que pudieran ser promovidos á obispos. De donde  
»se infiere con mas probabilidad que tambien quedan le-  
»jitimados para los actos seculares." El pontífice no duda  
ni niega estos principios; muy al contrario, se conoce con  
toda la autoridad suficiente para lejitimar aun á los adul-  
terinos para los efectos espirituales, y aun temporales en  
los paises de sus dominios; pero asegura que semejantes  
privilejios no pueden hacerse estensivos á los que están su-  
jetos á otra potestad, en cuyo perjuicio se hacian seme-  
jantes dispensas, por lo que toca á los efectos temporales,  
á no ser que consintiesen en ella. De aqui colijo: 1.º que  
el pontífice en materia de lejitimacion, como en otras  
muchas, se ha atribuido, en cuanto lo permite su potes-  
tad, unas facultades plenas, amplias, sin restriccion al-  
guna, que en la curia romana se suele llamar plenitud de  
poder. El mismo dice, *c. 4. X. de concess. preb. eccless.*  
»segun la plenitud de nuestra potestad podemos dispensar  
»aun sobre el derecho:" de suerte que no está sujeto á ley,  
regla ni límites. A esto oponen la potestad ordinaria que  
debe ejercerse segun lo prescrito por las leyes, y segun los  
antiguos cánones, á los que se creen sujetos los pontífices,  
segun prueba por sus mismas confesiones *Lanovius, p. 3.*  
*epist. 3.* De esta potestad ordinaria, ó mas bien arreglada  
y conforme á las reglas de derecho, habla lo bastante Juan  
XXII en la bula del año 1317, *tom. 3, act. publ. Anglic.*  
*p. 633.* »Y aunque nos veamos colocados sobre el derecho  
»libres de él, nos vemos mas obligados delante de Dios á  
»observar la justicia, como que tenemos que darle cuenta  
»de mayor poder." Pero raras veces ni él ni sus sucesores  
han usado de esta potestad. Muy al contrario, siempre se  
burlaron de los pasos de sus antecesores, que se juzgaban  
libres de todo vínculo. Por quanto los antiguos intérpretes,  
*ad l. 12. D. de legi,* siempre traian en la boca la distinc-  
cion entre potestad ordinaria, y plenitud de potestad,  
aplicándola aun á la potestad de los emperadores; no fue  
desagradable á los magnates del palacio pontificio y réjio  
adoptar esta doctrina, segun refiere en varias partes Pedro  
de Piedra, *de sur. quaest. non toler. per. princ. c. 1. n. 8.*

He aqui el dogma recibido : « Cuando el príncipe hace alguna cosa con la plenitud de su potestad : nadie puede decirle por qué haces esto. Porque es superior al derecho, contra el derecho y contra todo. » El mismo en *l. cit.* 3. *qu. 1, n. 3.* Acerca de la plenitud de la potestad de los papas , lo mismo dicen los empleados en el palacio romano. « La plenitud de potestad no está sujeta á nada, ni circunscripto á límites algunos. » No es necesario referir todas las frases que trae Pedro de Piedra y otros escritores del derecho pontificio.

## XXXI.

A la sombra de esta doctrina recibida ya , los papas y los emperadores procedieron en las dispensas á su arbitrio, sin permitir que se les pusieran límites algunos, los que antes observaban con gran cuidado los emperadores. Hemos visto en el §. 29 los límites á que Justiniano habia sujetado le facultad de legitimar fuera de los que no salian los sucesores , aunque en su tiempo se habia hecho muy ordinario el uso de la legitimacion. Los antecesores muy raras veces , y tan solamente fuera del orden por causas muy graves la concedian , y no confirman asi como se quiere directamente el matrimonio , particularmente si pudieran resultar dudas de él , como en el caso que presenta un jurisconsulto , *l. 57. §. ff. de R. N.* « Nos movemos , ya por el mucho tiempo en que estuviste ignorante del derecho en el matrimonio de tu abuelo , ya porque has sido conclocada por tu abuelo , ya por el número de tus hijos : por lo tanto , concurriendo todas estas circunstancias , confirmamos el estado de tus hijos habidos en el matrimonio contraido contra las leyes , por cuanto se ha celebrado antes de los cuarenta años , y quedan lo mismo que si fuesen concebidos legítimamente. » Es notable y muy singular este ejemplo , porque enseña que algunas veces han dispensado fuera del orden los emperadores por causas gravísimas , legitimando aun los hijos de matrimonio prohibido , pero esto era extraordinario. Pero el que inventó Justiniano , ordinario , propuesto á cualquier padre natural , y concedido sin conocimiento de causa. Desde que

principiaron los pontífices, arrogándose la plenitud de la potestad, á disponer en estas materias, se ha hecho ordinario pasando todos los límites de la legitimacion, de tal suerte, que hoy es mas comun el modo de legitimar, y pueden sacrificarlo hasta los magnates.

## XXXII.

De todo lo dicho hasta aqui resulta que se pueden legitimar hasta los adulterinos é incestuosos, lo que demuestra Berjeso, *in ecl. jur. prud. crim. p.* 356. Algunos quieren llamar á esta facultad legitimacion por dispensa, sin ninguna razon sólida para ello, porque el pontífice aplicó lo mismo la palabra dispensar á los hijos naturales que á los adulterinos, entendiendo por ella la legitimacion, cuya facultad suele concederse á los palaciegos. Despues que el papa legitimó para los actos espirituales los ilegítimos, segun dice Inocencio III en lugar citado, no es necesario mas para que el padre pida la legitimacion de su hijo en los efectos civiles para que sea admitido á ella. Segun dice Corrado, *praxis disp. lib. 3. C. 1.* Para dichos actos de los que eran escludidos por ilegítimos se ha hecho la legitimacion de los príncipes, á imitacion de la curia romana, para que se borren todas las manchas contraidas en tales nacimientos, y quede hábil para los honores y derechos de ciudadano. Semejante legitimacion no exige el consentimiento del padre, como que no le perjudica ni impide de que sea su sucesor, porque aun no ha surtido su efecto. Por cuya causa, habiendo dispensado á cierto espurio un conde palatino, se opuso despues su padre, obteniendo de él que fuese revocada la legitimacion: consultad la ilustre facultad de derecho sobre el particular, dijo, que esta revocacion se habia hecho sin causa, que el padre no tenia derecho para contradecir despues, que la legitimacion se regula en el dia por los principios sentados mas bien que por la doctrina de Justiniano. Quede, pues, sentado como cierto que el padre debe intentar y pedir para los efectos de heredar y suceder la legitimacion, que entonces se llama plena, porque tiene todos los efectos de la antigua; pero si lo hace la madre ó el hijo, es

menos plena, y vale solo para ciertos actos. Omito otras muchas cosas, teniendo presente el objeto que me propuse, las que son demasiado conocidas, y están esplicadas por otros.

§. CLXXV. páj. 205, lín. 10 y 11. (*Es, la adopcion, una accion solemne, por la cual se toma, etc.*) = La *L. 1. tit. 16. Part. 4*, la define diciendo que es: «Una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de otro, maguer no lo sean naturalmente.»

§. CLXXVI. páj. 206, lín. 11 y 12. (*Podrán, pues, los castrados adoptar.*) = En España podrán, con tal que el impedimento no provenga de la naturaleza. «Mala andanza é ocasion muy grande aviene á las vegadas á los omes, de manera que pierden aquellos miembros que son menester para facer fijos. Así como por enfermedad ó por fuerza que les facen algunos cortándojelos, ó tolléndojelos de otra guisa, ó por ligamiento, ó por otro mal fecho que les facen, ó por otras ocasiones que acontecen á los omes de muchos maneras: onde estos á tales que naturalmente eran guisados para eujendrar; mas fueron embargados por alguna de las razones sobredichas, non tenemos que deben perder por ende; mas que hayan poder de profijar; pues que la natura non ge lo olló mas fuerza ó ocasion.» *L. 3. tit. 16. Part. 4.*

§. id. páj. id. lín. 16. (*Y los impúberes!*) Véase la *L. 2. tit. 16. Part. 4.*

§. id. páj. id. lín. 20 y 21. (*Y las hembras?*) = «Otro sí ninguna mujer non ha poder de profijar, fueras ende en una manera, si obiese perdido algun fijo en batalla, en servicio del rey, ó en hacienda en que se acartase con el comun de algun concejo.....» *L. 2. tit. 16. Part. 4.*

§. id. páj. 207, lín. 1 y 2. (*el adoptante debe esceder al adoptivo..... en 18 años.*) = Lo mismo dispone dicha *L. 2. tit. 16. Part. 4.*

§. CLXXX. páj. 210. lín. penúlt. y últ. (*era necesario el consentimiento del hijo que iba á ser arrogado.*) = «Pero

» si porfijasen alguno que non obiese padre, ó si lo obiese, » fuese salido de su poder, entonces conviene por fuerza » que este tal consienta manifiestamente, otorgándolo por » palabra....." *L. 1. tit. 16. Part. 4.*

§. CLXXXIV. páj. 215, lin. 29 y 30. (*en la adopcion es igual que consienta ó deje de consentir el hijo.*) = » E por- » que dan los omes algunas vegadas sus hijos lejítimos é na- » turales á otros que los porfijen, por ende en tal porfija- » miento, como este ha menester que aquel á quien porfijan » que consienta, otorgándolo por palabra, ó callándose non » contradiciendo....." *L. 1. tit. 16 Part. 4.*

§. CLXXXVI. páj. 217, lin. 22 y 23. (*Toda adopcion era un modo de adquirir la patria potestad.*) = En Espa- ña, aun cuando en la *l. 7. tit. 7. Part. 4*, se dice indis- tintamente que el adoptado no pasa á la potestad del adop- tante; sin embargo la distincion establecida por derecho romano entre adoptantes ascendientes y no ascendientes, está aprobada por la *l. 9 y 10. tit. 16. Part. 4*; siendo de advertir que el emancipado, por el ascendiente que lo ha- bia adoptado, recae bajo la potestad del padre natural, *d. l. 10 al fin.*

§. CXCI. páj. 219, lin. 20 y 21. (*la muerte natural.*) = » Por muerte natural se desfaze el poderío que ha el padre » sobre el hijo; ca luego que muere el padre, finca el hijo » por sí." *L. 1. tit. 18. Part. 4.*

§. id. páj. id. lin. 23 y 24. (*se debe hacer distincion entre los hijos de primero y ulteriores grados.*) = Como en España, segun queda dicho en la nota al §. 138, no están los nietos bajo la potestad del abuelo, la muerte de este nada influye sobre acabarse ó no la patria potestad. Solo pues con la muerte del padre se disuelven los víncu- los de la patria potestad, y se hacen *sui juris* los hijos; lo cual, no obstante, debe entenderse en el supuesto de que hayan mediado las velaciones, como dijimos en dicha nota. Y tambien debe esceptuarse el caso en que el padre que tiene hijos en su poder, se diere en arrogacion, con- forme á la *l. 7. tit. 16. Part. 3.*

§. id. páj. 220, lín. 18. (*la muerte civil.*) = Véase la *L. 2. tit. 18. Part. 4.*

§. CXCVIII. páj. 222, lín. 21 y 22. (*quiso que por algunas dignidades se acabase la patria potestad.*) = En España se cuentan hasta doce dignidades que libran al hijo de la potestad del padre, desde la l. 7 hasta la 15 del *tit. 18. Part. 4*, entre las cuales se cuenta la dignidad de consejero del rey y otras semejantes, á las que describe Justiniano en la *Nov. 81*.

§. CXCIV. páj. 223, lín. 31 y 32. (*tambien por la emancipacion se acababa la patria potestad.*) = Para que los jueces ordinarios puedan en España declarar á un hijo emancipado, deben primero dar cuenta al supremo Consejo, con el espediente instruido sobre justificacion de causas. La emancipacion hecha de otra manera es nula, segun la l. 4. *tit. lib. 10. Nov. Recop.*

§. CXCVIII. páj. 226, lín. penúlt. y últ. (*pregúntase si el padre puede contra su voluntad ser obligado á emancipar.*) = Véase la l. 18. *tit. 18. Part. 4*, donde se cuentan cuatro razones porque se puede costreñir al padre que saque de su poder á su hijo.

§. id. páj. 227 al fin. = En España tambien se disuelve la patria potestad por el casamiento del hijo, con tal que hayan mediado velaciones; de suerte, que el casamiento por sí no basta, si no se sigue la bendicion, segun la l. 3. *tit. 5. lib. 10. Nov. Recop.*

§. CCIII. páj. 230, lín. 28 y 29. (*tutela es la fuerza y potestad, etc.*) = Véase la l. 1. *tit. 16. Part. 6*.

§. CCV. al fin, páj. 233. Véase la l. 4. *tit. 16. Part. 6*, donde se espresan los requisitos que debe tener el que fuere dado por guardador de huérfanos.

§. CCVII. páj. 234, lín. 27 y 28. (*el tutor se da primariamente á la persona.*) = «Otrosí decimos que el guardador debe ser dado para guardar la persona del mozo é sus bienes, é no debe ser puesto por una cosa ó un pleito señalado tan solamente.» L. 1, *tit. 16. Part. 6*.

§. id. páj. 235, lín. 6 y 7. (*al que tiene padre no se le da tutor.*) = Véase la ley citada en la nota anterior.

§. id. páj. id. lín. 12 y 13. (*al siervo no se le da tutor.*) Asi se infiere de dicha l. 1, *tit. 16. Part. 6*.

§. CCVIII. CCIX. páj. 236, lín. 1 y 2. (*de cuántos modos*

*es la tutela....? de tres.)* = La misma division de la tutela en testamentaria, lejítima y dativa se establece en la *l. 2. tit. 16. Part. 6.*

§. CCX. páj. 257, lín. 20. (*él padre puede dar tutor en testamento.*) = Véanse las leyes 2 y 3. *tit. 16. Part. 6.*

§. CCXV. al fin, páj. 242. = En España está obligado el juez á confirmar el tutor que dió al pupilo el padre natural, la madre, ó un estraño, que instituyan heredero al mismo pupilo, *ll. 6 y 8. tit. 16. Part. 6*, cuyas leyes no hacen mencion alguna ni de fianza ni de inquisicion, en el dado por la madre, añade la misma *l. 8*, que puede el juez confirmarlo, si es que ella, aunque no haya nombrado heredero al pupilo, le ha dejado algo por cualquier via y título que fuese.

§. CCXVIII. páj. 244, lín. 20 y 21. (*siempre que hay tutor por testamento no se admite tutor lejítimo.*) = Véase la *l. 9. tit. 16. Part. 6.*

§. CCXX. CCXXI. al fin, páj. 246. = En la *l. 9. tit. 16. Part. 6*, puede verse cuándo y de qué manera entran en la tutela los parientes. Véase tambien la *l. 2. tit. 7. lib. 3 del Fuero Real.*

§. CCXXVI. CCXXVII. CCXXVIII, páj. 151, lín. 27. (*sufren la máxima, capitis-diminucion, los prisioneros de guerra.*) = Sobre lo que por derecho antiguo, tan diferente en esto del moderno, se observaba en esta materia, puede verse el *tit. 29. de la Part. 2.*

§. id. páj. 253, lín. 22 y 23. (*la misma capitis-diminucion media sufren los deportados.*) = Véase la *l. 2. tit. 18. Part. 4*, cuya doctrina está conforme con lo establecido por derecho romano.

§. id. páj. 254, lín. 8. (*Los arrogados.*) = Conviene con esto la *l. 7. tit. 7. Part. 4.* Pero en el dia de ninguna de estas capitis-diminuciones resulta que los parientes consanguíneos no puedan tener la tutela de sus parientes pupilos, si se exceptua el infame, segun dispone la *l. 7. tit. 6. Part. 7.*

§. CCXXXI. CCXXXII. al fin, páj. 255. = Desconocida casi en España la esclavitud, apenas pueden tener uso ninguno lo que en este título se dice de la tutela lejítima de los patronos.

Páj. 258. Advertencia para el tít. 18 y el 19. = Como en España la *l. 9. tit. 16. Part. 6*, llama á los cognados á la tutela bajo el nombre jeneral de *parientes*, sin tener cuenta con la agnacion, parece que tanto el padre emancipador como sus hijos constituidos bajo su potestad, debe corresponder la tutela legítima del emancipado, en razon de ser cognados. Por consiguiente, entre nosotros nunca habrá precision de recurrir á las tutelas descritas en los títulos 18 y 19, las cuales no obstante se ven aprobadas en la *l. 10. tit. 16. Part. 6*.

§. CCXXXIX. CCXL. páj. 259, lín. 25, 26 y 27. (*El tutor es nombrado por el magistrado subsidiariamente, faltando los testamentarios y legítimos.*) = «Desamparado» fincando el mozo que fuese menor de catorce años, de «guisa que su padre no le obiese dejado guardador en su «testamento, nin obiese pariente cercano que lo quisiese «guardar, deben é pueden pedir al juez del lugar que le «dé guardador á tal, que sea bueno é rico, é que entienda «que lo rescibe mas por pro del mozo que de sí mismo...» *L. 12. tit. 16. Part. 6*.

§. CCXLIII. al fin, páj. 262. En España el derecho de dar tutores compete á los jueces ordinarios del lugar del domicilio, nacimiento ú oríjen del pupilo, ó finalmente al del pueblo donde esté situada la mayor parte de su patrimonio. Estos jueces ordinarios podrán delegar esta facultad al juez inferior, solamente en el caso de que los bienes del pupilo no escedan del valor de quinientos maravedís, *l. 12. tit. 16. Part. 6*. Mas si el pupilo es de la clase de los grandes, se ha de recurrir al mismo rey, *l. 17. tit. 1. lib. 6. Nov. Rec.*

§. CCL. páj. 268, lín. 3 y 4. (*Cuando el tutor interponia su autoridad, debia estar presente al mismo negocio.*) Entre nosotros debe tambien el tutor interponer su autoridad por sí mismo, y no por otro ni por medio de carta, *L. 17. tit. 16. Part. 6*; aunque no está decidido si esto debe verificarse al instante, ó si puede hacerse pasado algun tiempo.

§. CCLI. CCLII. páj. 269, lín. 15, 16 y 17. (*Se necesita de la autoridad del tutor, siempre que pudiera hacerse peor la condicion del pupilo.*) = «Otrosí, decimos que el

«mozo non puede facer pleito, nin postura con otro nin-  
«guno, en que obligue ninguna cosa de sus bienes, á me-  
«nos de otorgamiento de su guardador, é si lo ficiere á  
«daño de sí, non debe valer....» *L. 17. tit. 16. Part. 6.*

§. CCLIII. páj. 270, lín. últ. y páj. 271, lín. 1 y 2. (*Las leyes prohiben espresamente que el pupilo admita la herencia sin dicha autoridad, del tutor.*) = Lo dispuesto por nuestras leyes viene á ser lo mismo; porque siendo cierto que un heredero que acepta una herencia se obliga, respecto de los acreedores, legatarios y fideicomisarios del difunto, y siéndolo tambien que el pupilo no puede obligarse sin que medie le autoridad del tutor, *l. 17. tit. 16. Part. 6*, debe inferirse que el pupilo sin esta autoridad no puede admitir la herencia. Véase dicha *l. 17.*

§. CCCVII. páj. 273, lín. 3. (*Se acaba la tutela, ya se muera el tutor, ya el pupilo.*) = *L. 21. tit. 16. Part. 6.*

§. CCLIX. páj. 274, lín. 17 y 18. (*Otro modo de acabarse la tutela es la capitis-diminucion.*) = Véase la *l. 21* arriba citada.

§. CCLX. páj. 275, lín. 30 y 31. (*El tercer modo de acabarse la tutela es la pubertad.*) = «Durar debe el oficio  
«de los guardadores, fasta que los huérfanos sean de edad  
«de catorce años, si fueren varones, é si fuesen mujeres,  
«fasta que sean de doce....» La misma *l. 17*, donde se hace mencion de los demas modos de acabarse la tutela, y explica la obligacion que incumbe al tutor de dar cuentas concluida la tutela.

§. CCLXVI. páj. 280, lín. 24 y 25. (*Luego los curadores se dan á aquellos, etc.*) = «Curatores son llamados  
«en latin aquellos que se dan por guardadores á los mayo-  
«res de catorce años, é menores de veinte y cinco años,  
«seyendo en su acuerdo. E aun á los que fuesen mayores,  
«seyendo locos ó desmemoriados, etc.» *L. 3. tit. 16. Partida 6.*

§. CCLXVIII. páj. 282, lín. 13 y 14. (*Pero á la testamentaria no hay lugar.*) = En España el curador dado en testamento debe ser confirmado por el juez, si este creyere que tal curador será útil al menor, segun espresamente lo establece la *l. 13. tit. 16. Part. 6.*

§. CCLXXII. páj. 288, lín. 13, 14 y 15. (*Si, pues, los*

*jóvenes quieren librarse, de la tutela, deben pedir curadores.*) = Entre nosotros es costumbre que los pidan ellos mismos, siempre que no le tengan nombrado en testamento; porque entonces será este confirmado por el juez, según queda dicho en la nota anterior.

§. CCLXXXI. CCLXXXII. páj. 294, lín. 19 y 20. (*No están obligados á afianzar los tutores testamentarios.*) = En España nada se halla espresamente establecido sobre la necesidad de imponer ó dispensar de la fianza á los tutores dados en testamento. Pero atendiendo á que la *l. 94. tit. 18. Part. 3.*, y la *l. 9. tit. 16. Part. 6.*, que imponen á los tutores esta obligacion, hablan solo de los lejítimos, parece probable que los testamentarios, según el espíritu de dichas leyes, están exentos de dar fianzas. Y esto mismo confirma la partícula adversativa *pero*, con que empieza al *verso* de dicha ley, que habla de la fianza, Véase á Greg. Lopez en la *glos. 5* de la misma *l. 9*, donde tambien aprueba las disposiciones del derecho romano sobre el patrono y sus hijos, y los tutores dados con inquisicion, diciendo, no obstante, que en la práctica á todos los dativos se exige la fianza. Por lo que hace á la madre y á la abuela, á quienes faltando tutores testamentarios, se confiere la tutela por orden sucesivo; es decir, primero á la madre, y despues á la abuela, quieren Aso y de Manuel (*Inst. de Castilla, lib. 1. cap. 3. vers. como*) que no esten obligados á dar fianzas, fundandose en la *l. 9. tit. 16. Part. 6*. Pero es mucho mas probable la opinion contraria, que defiende Greg. Lopez en la *glos. 8* de dicha ley, y Gutierrez de *tutel. part. 1. cap. 12. n. 16*, apoyados en que sin embargo de que la citada *l. 9* no requiera especialmente la fianza en la madre ni en la abuela; no obstante, la requiere indistintamente en los tutores lejítimos; y no hay duda que la madre y la abuela son tutoras lejítimas, ó que por lo menos se deben considerar como tales, si es que á su tutela se quiere dar el nombre de anómala, como algunos hacen. Véase á Gutierrez en *dicho núm. 16*, donde examina esta cuestion con estension y profundidad. (*Sala, Inst. Rom. Hisp. lib. 1. not. al pr. del tit. 24.*)

§. CCLXXXIV. CCLXXXV. al fin, páj. 300. = Sobre

los efectos que producen los fianzas que dan los tutores y curadores, pueden verse las leyes siguientes. *l. 25 y 26. tit. 13. Part. 5. l. 21. tit. 16. Part. 6. y la l. 94. tit. 18. Part. 3.*

§. CCLXXXIX. páj. 303, lín. 3 y 4. (*Se escusan los padres de muchos hijos.*) En España el que tiene cinco hijos vivos se escusa de la tutela, y lo mismo sucede si se le hubiesen muerto en batalla ó en servicio de Dios y del rey, *l. 2. tit. 17. Part. 6.* Además de esto, el que tiene vivos seis hijos varones queda libre de otras cargas públicas, y esto aun suando alguno de ellos muriese despues, *l. 7. tit. 2, lib. 10. de la Nov. Rec.*; por cuya ley se concede el mismo privilejio á todos los recién casados dentro de los primeros cuatro años de su casamiento; y en los primeros dos años de él están inmunes de todas las contribuciones públicas por dicha *l. 7*

§. CCXCH. al fin, páj. 308. = Por las leyes españolas los doctores en leyes no están escusados de la tutela, como no sean jueces ó consejeros del rey, *l. 13. tit. 17. Part. 6*; de manera que estos son de peor condicion que los gramáticos y otros, de quienes habla dicha *l. 3*, y Gregorio Lopez en su *glos. 6* á ella. Y esto puede consistir en que para el desempeño de una tutela son los mas idóneos. Por lo demas, en otras cosas gozan de muchos privilejios, como puede verse en la *l. 8. tit. fin. de la Part. 2.* Los gramáticos, retóricos y médicos se escusan, aunque no enseñen ni ejerzan su profesion en el reino con tal que lo hagan en otra parte con licencia del rey, *d. l. 3.* Además de esto, debe mencionarse aqui una escusa de la tutela, que no conocieron los romanos, y que la *l. 3. tit. 29. lib. 7. Nov. Recop. núm. 4*, concede á todos los que tuvieren doce ó mas yeguas de vientre. = La *l. 12. tit. 18. lib. 6 de la Nov. Recop.* revoca y anula todas las cartas Reales concedidas á vecinos pecheros para eximirse de la tutela y otras cargas, dándose la razon de que estas exenciones son perjudiciales al servicio del rey y al bien comun. Y no podemos asentir á lo que sientan Asó y de Manuel (*Inst. de Cast. lib. 1. tit. 4. cap. 1. §. 2. vers. se escusan*), diciendo que la citada *l. 12* quitó á los plebeyos las escusas aprobadas en la *l. 2. tit. 17. Part. 6*; esto es, las que provienen

de la carga de tres tutelas, de pobreza, impericia y edad mayor de setenta años; y nos fundamos en que dicha l. 12 espresamente aprueba estas excusas y las demas concedidas en *nuestras leyes*, donde dice: «No aquellos que los derechos y leyes de nuestros reinos excusan de tales cargos y «oficios.» (Sala, *Inst. Rom. Hispan. lib. 1. tit. 25. not. al §. 15*).

§. CCXCVI. páj. 313, lín. 9 y sig. (*Porque siendo cortas las remuneraciones... no es justo hacer sufrir á ninguno dos encargos tan gravosos.*) = En España, en consideracion á ser muy gravoso el cargo de la tutela, concede á los tutores la l. 2, tit. 7. lib. 3 del *Fuero Real*, la décima parte de los frutos ó réditos procedantes de los bienes del pupilo. Véase á Gaspar Baeza en su obra *de decima tutori hispano jure praestanda*, y á Juan Gutierrez, *de tutel. part. 3*.

§. CCCVIII, al fin, páj. 322. = En la l. 1. tit. 18. *Part. 6* se mencionan las siguientes causas de sospecha, por las cuales debe el tutor ser removido de la tutela: si desempeñó mal la tutela de otro, si es enemigo del pupilo ó de sus cognados, si ante el juez asegura no poderse señalar alimentos al pupilo y es convencido de embustero, si no defiende en juicio al pupilo ni sus bienes, y si sabiendo que es tutor se esconde y no quiere parecer.

## LIBRO SEGUNDO.

---

§. CCCXIV. páj. 325, lín. 12 y 13. (*Llámanse sagradas las cosas consagradas públicamente por los pontífices, etc.*) = Por sagradas entendemos nosotros las cosas destinadas al culto público de Dios, como iglesias, altares, cruces, cálices, incensarios, ornamentos, &c. consagrados por los obispos.

§. CCCXV. páj. 327, lín. 3 y 4. (*las cosas sagradas no pertenecen á nadie.*) = «Toda cosa sagrada ó relijiosa ó «santa que es establecida á servicio de Dios, non es en «poder de ningun ome el señorío della, nin puede ser con-

«tada entre sus bienes, é maguer los clérigos las tengan  
 » en su poder, non han señorío dellas, mas tienen asi como  
 » guardadores é servidores....." *L. 12. tit. 28. Part. 3.*

§. id. páj. id. lín. 15 y 16. (*Las cosas sagradas no tienen estimacion, ni pueden obligarse ni enajenarse.*) = Lo mismo dispone con rigor nuestro derecho. Véanse las *leyes 5 y 6 tit. 5. lib. 1 del Fuero Real. Ley 10. tit. 1. lib. 1. Ley 1. tit. 2. lib. 1. Ley 2. tit. 2. lib. 1. Ley 3. tit. 5. lib. 1. Ley 3. tit. 2. lib. 1 de la Nov. Recop.*

§. CCCXVII. al fin, páj. 329. = En España aunque la *ley 1. tit. 28. Part. 3*, llama lugar relijioso aquel en que está sepultado el cuerpo ó la cabeza de un hombre; no obstante, no es reputado por relijioso sino el que consagra ó bendice el obispo, ni es lícito sepultar en otra parte los cuerpos de los fieles, en lo cual seguimos lo establecido por derecho canónico.

§. CCCXVIII, CCCXIX. al fin, páj. 331. = Sobre las cosas santas véanse las *leyes 15 y 16. tit. 28. Part. 3.*

§. CCCXXV. CCCXXVI. páj. 334, lín. 24 y sig. (*Las cosas comunes son las que.... no están en el patrimonio de ningun particular, etc.*) = «Las cosas que comunalmente pertenecen á todas las criaturas que viven en este mundo, son estas: el aire, é las aguas de la lluvia, é la mar, é su ribera. Ca cualquier criatura que viva, puede usar de cada una destas cosas, segund quel fuere menester....." *L. 3. tit. 28. Part. 3.*

§. id. páj. 335, lín. 14 y sig. (*Cosas públicas son las que en propiedad pertenecen al pueblo, y en el uso á cada uno de los habitantes.*) = «Los rios, é los puertos, é los caminos públicos pertenecen á todos los omes comunamente, en tal manera, que tambien pueden usar dellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran é viven en aquella tierra do son...." *L. 6. tit. 28. Part. 3.*

§. id. páj. id. lín. 28 y sig. (*Las cosas de universidad son las que en la propiedad pertenecen, etc.*) = «Apartadamente son del comun de cada una cibdad ó villa las fuentes, é las plazas do facen las ferias, é los mercados, é los lugares do se ayuntan á concejo, é los arenales que son en las riberas de los rios, é los otros ejidos, é las carréras do corren los caballos, é los montes, é las de-

»hesas, é todos los otros lugares semejantes destes que son »establecidos é otorgados para pro-comunal de cada cibdad, ó villa, ó castillo, ó otro lugar. Ca todo ome que »fuere y morador puede usar de todas estas cosas sobredichas, é son comunales á todos, tambien á los pobres como á los ricos. Mas los que fueren moradores en otro lugar, non pueden usar dellas contra voluntad ó defendimiento de los que morasen y." *L. 9. tit. 28. Part. 3.*

§. CCCXXXV. CCCXXXVIII. páj. 343, lín. 2. (*Es un derecho in re, el dominio.*) = »Señorío es poder que ome »ha en su cosa de facer della é en ella lo que quisiere, segund Dios é segund fuero..." *L. 1. tit. 28. Part. 4.*

§. CCCXLV. CCCXLVI. CCCXLVII. páj. 356, lín. 5. (*con tal que el dueño no me prohiba la entrada.*) = Por nuestro derecho los animales libres cojidos en fundo ajeno, habiendo el dueño prohibido la entrada, ó que se cazase en él, no se hacen del que los coje, sino del dueño del fundo, segun la *l. 17. tit. 28. Part. 3.* Lo cual sucede lo mismo con las abejas, *l. 22. del mismo tit. y Part.*, y Greg. Lopez en su *glos. 3* á ella. Las palabras de dichas leyes son tan claras, que difícilmente admiten la interpretacion que de ellas hizo en sentido contrario Covarr. *cap. peccatum de reg. jur. p. 2. §. 8. nn. 5 y 9.*

§. CCCLVIII. páj. 366, lín. 15 y sig. (*Por el contrario, cuando el río desmiembra de una vez, etc.*) = En España el dueño del terreno al cual se ha unido la parte arrancada por la fuerza del río, se hace dueño de esta parte aunque está obligado á pagar al dueño de ella el perjuicio que se le siguió, al arbitrio de hombres buenos y peritos, segun espresamente lo dispone la *l. 26. tit. 28. Part. 3*, en cuya *glos. 7*, prueba Greg. Lopez que el valor de los árboles arrancados se debe calcular como ya separados del terreno, acerca de lo cual nada se halla dispuesto por derecho romano.

§. CCCLXI. — CCCLXVII. páj. 368, lín. penúlt. y últ. (*el accesorio sigue á su principal.*) = Segun las leyes españolas el dueño de la parte principal ó superior, no de otra manera adquiere el dominio de la inferior unida á la otra para su adorno, que si la union se hace por *ferruminacion*, es decir; con la misma materia. Porque si esta

soldadura fuere hecha con plomo, esto es, con materia de distinto jénero, entonces la parte menor permanece del que era dueño antes de la reunion, *l. 35. tit. 18. Part. 3.* Esceptúase el caso en que uno juntare de mala fe la parte inferior que era suya, á la superior ajena, que entonces el dominio de la parte inferior se adquiria para el dueño de la mejor, por dicha *l. 35. vers. Mas si acaeciese;* en el cual no se distingue si la union fuese hecha por ferruminacion, ó por soldadura con plomo.

§. CCCLXX. CCCLXXI. páj. 372, lín. 28 y sig. (*la materia confundida..... se hace del que la confunde.*) = Segun la *L. 34. tit. 28. Part. 3*, si la confusion se hace por uno de los dueños sin voluntad del otro, lo que antes era de cada uno queda sin distincion ninguna.

§. CCCLXXIII. CCCLXXIV. CCCLXXV. al fin. páj. 373. = »Plantando algund ome árboles, ó poniendo majuelos »en la heredad ajena á sabiendas, habiendo mala fe en »faciéndolo, luego que aquellos ó la viña es raigada, ó se »nodresce, é se cria en la heredad, pierde el señorío de »aquello que y plantó. Eso mismo decimos que seria si al- »guno plantase árboles ajenos en su heredad, ó que pu- »siese y majuelos de sarmientos ajenos, que luego que »son raigados gana el señorío dellos, quier aya buena fe, »quier mala, en plantándolos el que los plantó. Empero »tenudo es de dar á aquel cuyos eran la estimacion de lo »que valieren. Otrosí decimos que si algun ome plantase »algun árbol en su heredad, é despues que lo obiese y »plantado se estudiesen las raices por heredad ajena de »otro alguno, cerca desa en que fue plantado, de manera »que las principales raices de que se nodresciese están »todas en ella, este gana el señorío del árbol, maguer es- »ten las ramas del árbol sobre la heredad de aquel que lo »plantó. Empero si parte de las raices principales del ár- »bol estuviesen en la heredad de aquel que lo plantó, é la »otra parte en la del otro que estuviese acerca della, en- »tonces debe el árbol ser comunal de ambos á dos." *L. 43. tit. 28. Part. 3*

§. CCCLXXVI. CCCLXXVII. CCCLXXVIII. páj. 375, lín. últ. (*requieren las leyes buena fe.*) = En España los frutos naturales no se hacen del poseedor de buena fe, se-

gun la *l. 39. tit. 28. Part. 3.* Empero acerca del que con buena fe posee una heredad que no le pertenece, establece en jeneral la *l. 4. tit. 14. Part. 6,* que no tiene que dar cuenta de los frutos consumidos, sin distincion ninguna de si se ha hecho ó no mas rico con ellos.

§. CCCLXXIX. — CCCLXXXIV. páj. 378, lín. 20 y 21. (*es un modo de adquirir derivativo, la tradicion.*) = Véase la *l. 46. tit. 28. Part. 3.*

§. id. páj. 379, lín. 5 y 6. (*la tradicion se hace ó naturalmente ó simbólicamente, etc.*) = Sobre estos modos de hacerse la tradicion pueden verse las *ll. 6, 7 y 8. tit. 30. Part. 3.*

§. CCCLXXXVII<sup>l</sup>. páj. 382, lín. 30 y 31. (*Las cosas incorporales no pueden poseerse.*) = »Ca las cosas que non son corporales, asi como las servidumbres que han las unas heredades en las otras, é los derechos porque demanda un ome sus debdas, é las otras cosas que non son corporales semejantes destas propriamente, non se pueden poseer niu tener corporalmente, mas usando dellas aquel á quien pertenece el uso, é consintiéndolo aquel en cuya heredad lo ha, es como manera de posesion." *L. 1. tit. 30. Part. 3.*

§. CCCXCH, páj. 384, lín. 10 y sig. (*Es, pues, la servidumbre un derecho constituido en cosa ajena, por el cual el señor de ella, etc.*) = »Propriamente dijeron los sábios que tal servidumbre como esta es derecho é uso que ome ha en los edificios ó en las heredades ajenas para servirse dellas á pro de las suyas." *L. 1. tit. 31. Part. 3.*

§. id. páj. 385, lín. penúlt. y últ. (*Las cosas sirven á la persona ó á otra cosa.*) = »E son dos maneras de servidumbres. Ca primera es aquella que ha una casa en otra, é á esta llaman en latin urbana. La segunda es la que ha una heredad en otra, é á esta dicen en latin rústica. E aun es otra servidumbre que gana ome en las cosas ajenas para pro de su persona, é non á pro señaladamente de su heredad, asi como el aber el usufructo para esquilmar algunas heredades ajenas, &c." *L. 1. tit. 31. Part. 3.*

§. CCCXCV. páj. 388, lín. 2 y 3. (*toda servidumbre es en cosa ajena.*) = »Ca los omes hanse de servir de sus co-

»sas non como en manera de servidumbre, mas usando  
»de ellas como de lo suyo." *L. 13. tit. 31. Part. 1.*

§. id. páj. id. lín. 6 y 7. (*Ninguna servidumbre consiste en hacer, sino en permitir ó no hacer.*) = Asi se infiere del sentido de las leyes contenidas en el *tit. 31. Part. 3.*

§. id. páj. id. lín. 18 y 19. (*Todas las servidumbres son indivisibles.*) = »E esto es porque la servidumbre non se  
»puede partir." *L. 9. tit. 31. Part. 3.*

§. CDXIII. páj. 399, lín. 1. (*Lo cual se verifica, 1.º por consolidacion.*) = La otra manera porque se pierde (*la servidumbre*) es esta: »asi como cuando aquel cuya es  
»la cosa que debe la servidumbre compra la otra en que la  
»habia ganada. Ca por razon de la compra que se ayunta  
»la una cosa con la otra en su señorío piérdese la servi-  
»dumbre." *L. 17. tit. 31. Part. 3.*

§. id. páj. id. lín. 6 y 7. (*Tambien da fin, 2.º con la remision.*) = »Perder se podrian aun las servidumbres en  
»dos maneras, sin aquellas que de suso dijimos. La una es  
»quitándola el señor de aquella cosa á quien debian la ser-  
»vidumbre, si fuere toda suya; mas si á casa ó heredad  
»de muchos debiesen la servidumbre, non les puede el uno  
»quitar tan solamente sin otorgamiento de los otros." *Di-  
cha l. 17. tit. 31. Part. 3.*

§. id. páj. id. lín. 12 y 13. (*Por el no uso de 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes.*) = »Pereza abiendo  
»los omes en non querer ellos usar niu otro en nome dellos  
»de las servidumbres que obiesen ganadas, puédenlas per-  
»der por ende. Pero departimiento ha en esto entre aque-  
»llas que pertenecen á los edificios, é las otras que perte-  
»necen á las heredades. Ca si alguno obiere servidumbre  
»en casa de otro que pueda tener viga metida en su pa-  
»red, ó aber finiestra en ella, por do entre la lumbre á  
»su casa, tal servidumbre como esta, ó otra semejante  
»della se puede perder por 10 años, non usando della  
»aquel á quien pertenece estando en la tierra, ó 20 seyendo  
»de fuera. E esto se entiende si aquel que debia la ser-  
»vidumbre tirase la viga de su pared, ó cerrase la fi-  
»niestra por do entraba la lumbre, ó embargase la servi-  
»dumbre en otra manera á buena fe, creyendo que habia

»derecho de lo facer. Ca si él non embargase asi la servi-  
 »dumbre, maguer el otro non usase dellas, en este tiem-  
 »po sobredicho non la perderia por ende....." *L. 16. tit.*  
*31. Part. 3.* =

**FIN DEL TOMO PRIMERO.**

# INDICE.

---

	PAJ.
<i>Prólogo</i> . . . . .	III
<i>Discurso preliminar sobre la necesidad del Derecho Romano</i> . . . . .	VII
<i>Compendio histórico del Derecho Romano, desde Rómulo hasta nuestros días, por Mr. Dupin</i> . . . . .	1
<i>Proemio</i> . . . . .	45
<b>LIBRO PRIMERO.</b>	
<b>Tít. I. De la justicia y del derecho</b> . . . . .	<b>73</b>
<b>Tít. II. Del derecho natural, de jentes y civil</b> . . . . .	<b>89</b>
<b>Tít. III. Del derecho de las personas</b> . . . . .	<b>157</b>
<b>Tít. IV. De los injénuos</b> . . . . .	<b>145</b>
<b>Tít. V. De los libertinos</b> . . . . .	<b>148</b>
<b>Tít. VI. Quiénes no pueden manumitir, y por qué causa se les prohíbe.</b> . . . . .	<b>165</b>
<b>Tít. VII. Ley Fusia Caninia revocada.</b> . . . . .	<b>169</b>
<b>Tít. VIII. De los que son dueños de sí mis- mos (sui juris), y de los que están suje- tos á potestad ajena (alieni juris)</b> . . . . .	<b>172</b>
<b>Tít. IX. De la patria potestad.</b> . . . . .	<b>175</b>
<b>Tít. X. De las nupcias.</b> . . . . .	<b>182</b>
<b>Tít. XI. De las adopciones</b> . . . . .	<b>204</b>
<b>Tít. XII. Modos de acabarse el derecho de patria potestad.</b> . . . . .	<b>219</b>
<b>Tít. XIII. De las tutelas.</b> . . . . .	<b>228</b>

<b>Tít. XIV.</b> <i>Quiénes pueden ser nombrados tutores en testamento.</i> . . . . .	<b>237</b>
<b>Tít. XV.</b> <i>De la tutela lejitima de los agnados</i> . . . . .	<b>244</b>
<b>Tít. XVI.</b> <i>De la capitis-diminucion</i> . . . . .	<b>249</b>
<b>Tít. XVII.</b> <i>De la tutela lejitima de los patronos</i> . . . . .	<b>255</b>
<b>Tít. XVIII.</b> <i>De la tutela lejitima de los padres</i> . . . . .	<b>256</b>
<b>Tít. XIX.</b> <i>De la tutela fiduciaria</i> . . . . .	<b>257</b>
<b>Tít. XX.</b> <i>Del tutor Atiliano y del que se da por la ley Julia y Ticia</i> . . . . .	<b>258</b>
<b>Tít. XXI.</b> <i>De la autoridad de los tutores.</i>	<b>264</b>
<b>Tít. XXII.</b> <i>De qué modos se acaba la tutela.</i>	<b>272</b>
<b>Tít. XXIII.</b> <i>De los curadores.</i> . . . . .	<b>279</b>
<b>Tít. XXIV.</b> <i>De las fianzas de los tutores ó curadores.</i> . . . . .	<b>292</b>
<b>Tít. XXV.</b> <i>De las excusas de los tutores y curadores</i> . . . . .	<b>300</b>
<b>Tít. XXVI.</b> <i>De la remocion de los tutores y curadores sospechosos.</i> . . . . .	<b>315</b>

**LIBRO SEGUNDO.**

<b>Tít. I.</b> <i>De las cosas, y modo de adquirir su dominio.</i> . . . . .	<b>325</b>
<b>Tít. II.</b> <i>De las cosas corporales é incorpó- rales.</i> . . . . .	<b>381</b>
<b>Tít. III.</b> <i>De las servidumbres de los prédios.</i>	<b>384</b>
<b>Notas</b> . . . . .	<b>401</b>

Sean libres.

ESTICO.  
Digno.  
Digno.  
ESTICO.  
CORSO

Fig. 1.ª

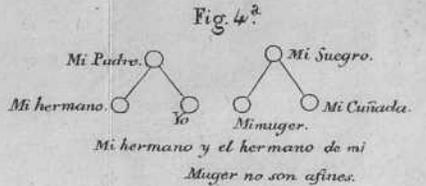
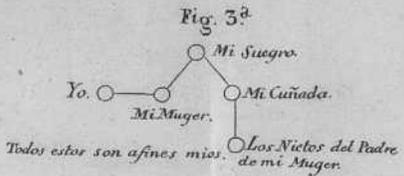
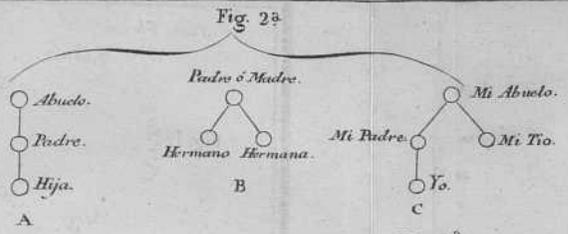
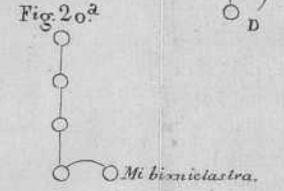
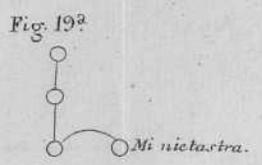
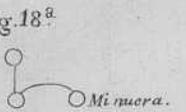
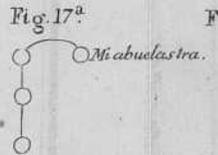
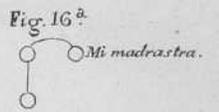
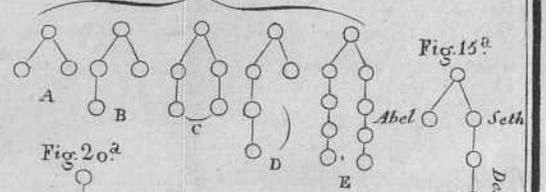
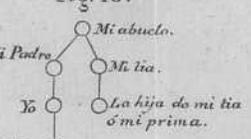
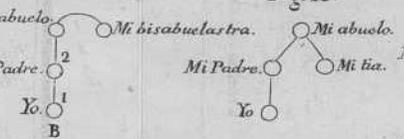
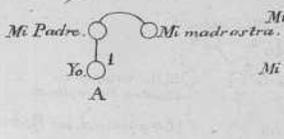
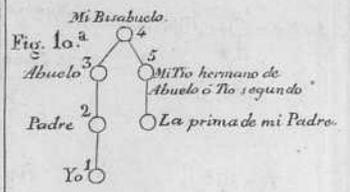
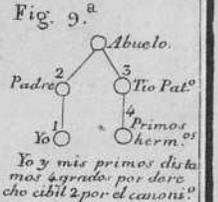
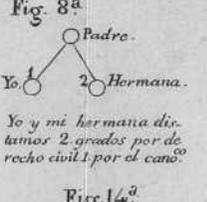
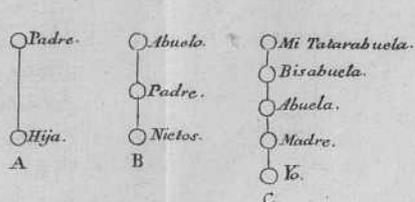
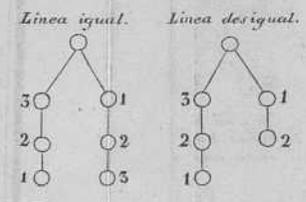
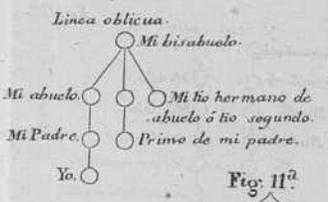
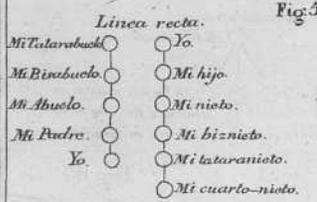
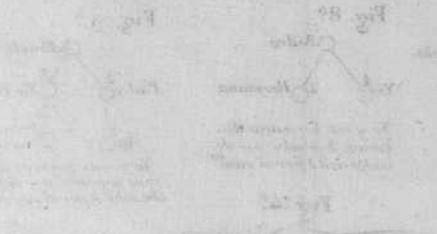
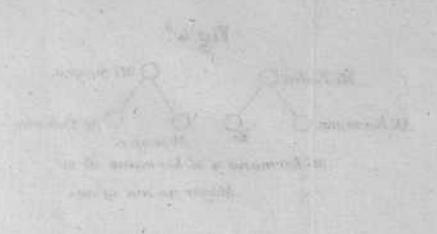


Fig. 6.ª

Fig. 7.ª



Descendencia de Seth.



Also see...

Fig. 1ª



Fig. 2ª

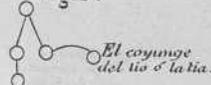


Fig. 3ª



Fig. 4ª

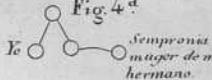


Fig. 5ª



Fig. 6ª

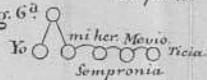


Fig. 7ª

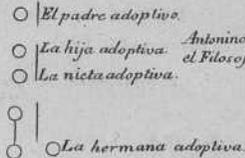


Fig. 8ª

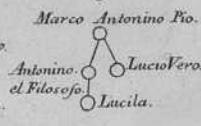


Fig. 9ª

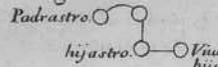


Fig. 10ª

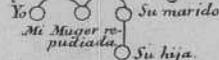


Fig. 11ª

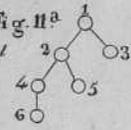


Fig. 12ª

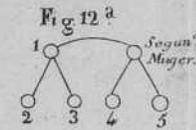


Fig. 13ª

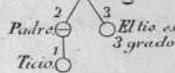


Fig. 14ª

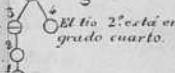


Fig. 15ª

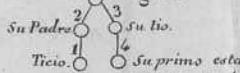


Fig. 16ª

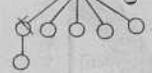


Fig. 17ª



Fig. 18ª



Fig. 19ª

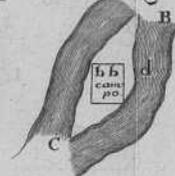


Fig. 24ª



Fig. 20ª



Fig. 21ª



Fig. 22ª

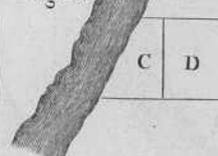


Fig. 25ª

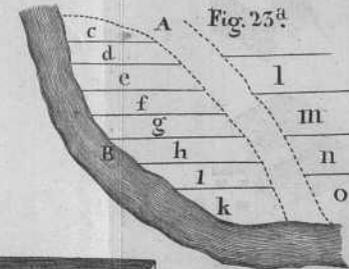


Fig. 25ª



Fig. 26ª

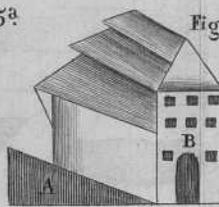


Fig. 27ª



Fig. 28ª



Fig. 29ª

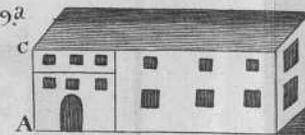
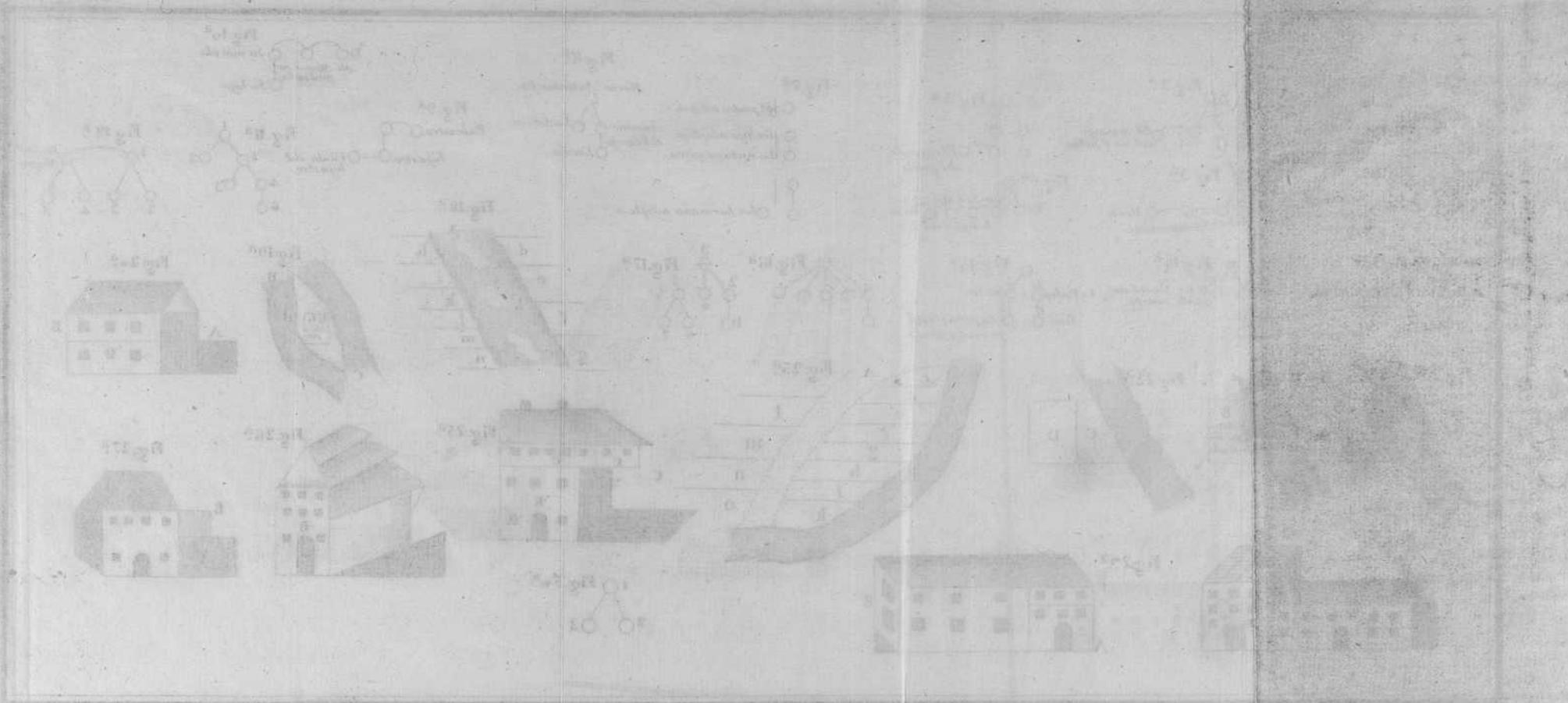
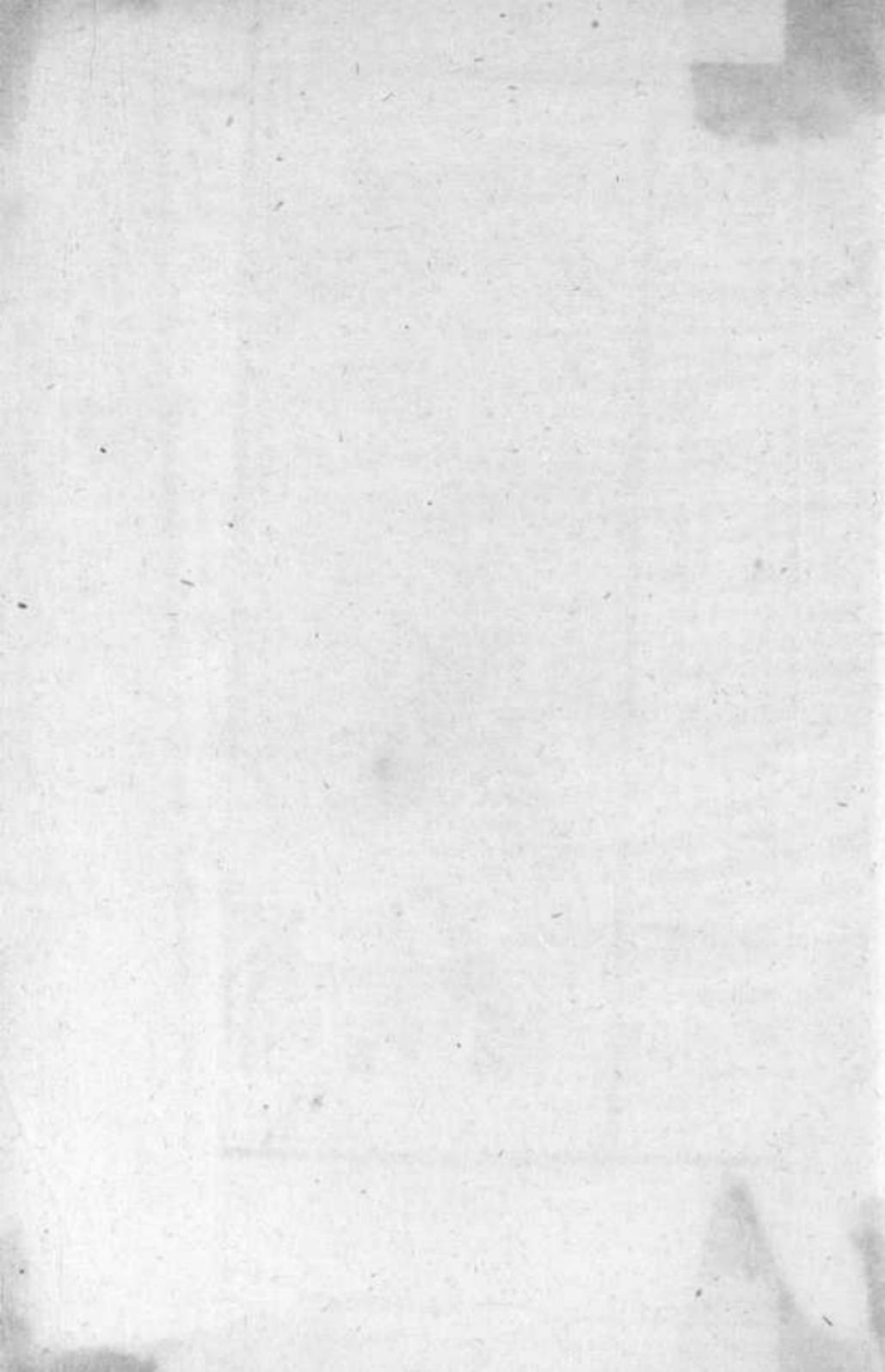


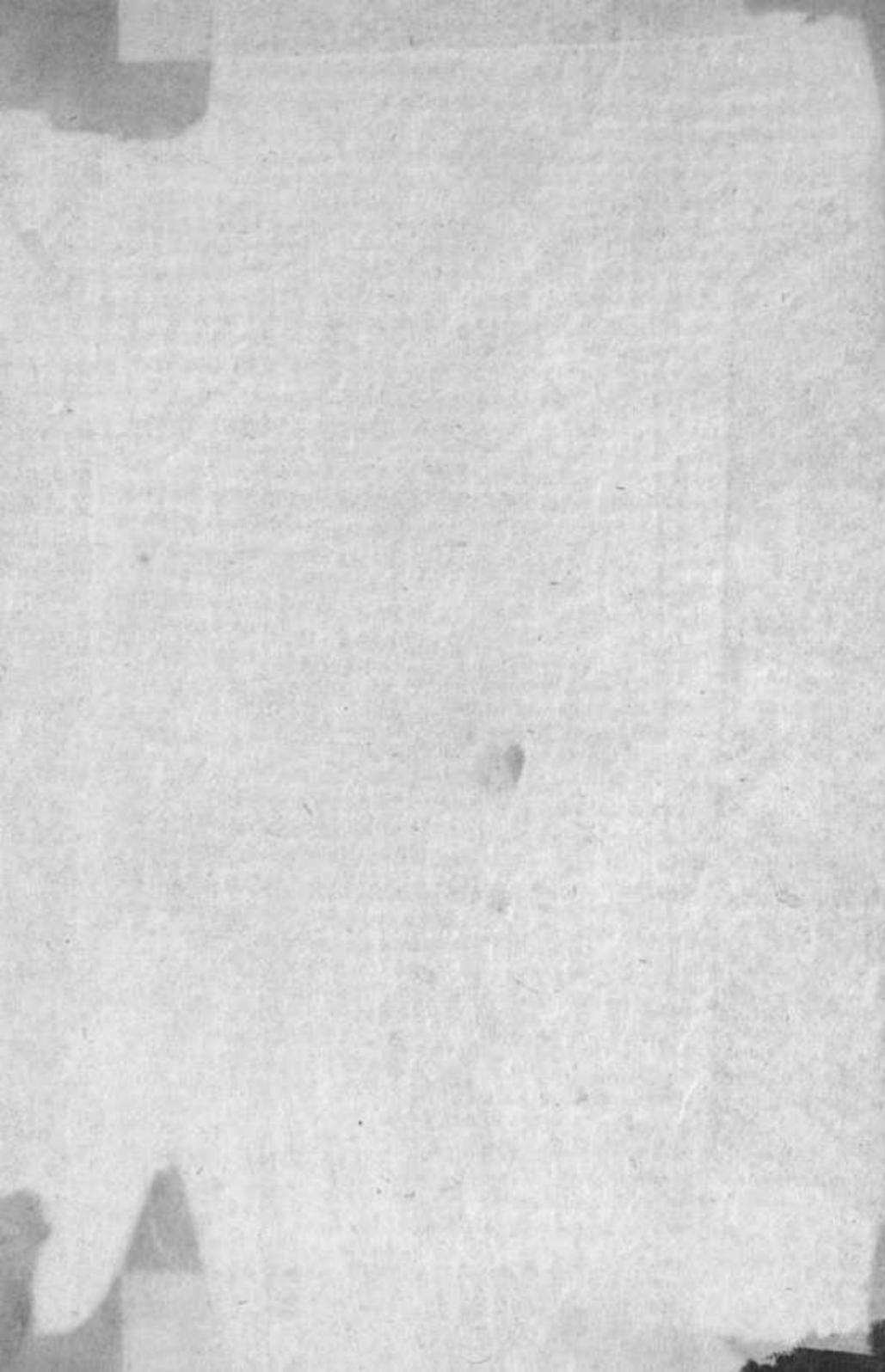
Fig. 30ª

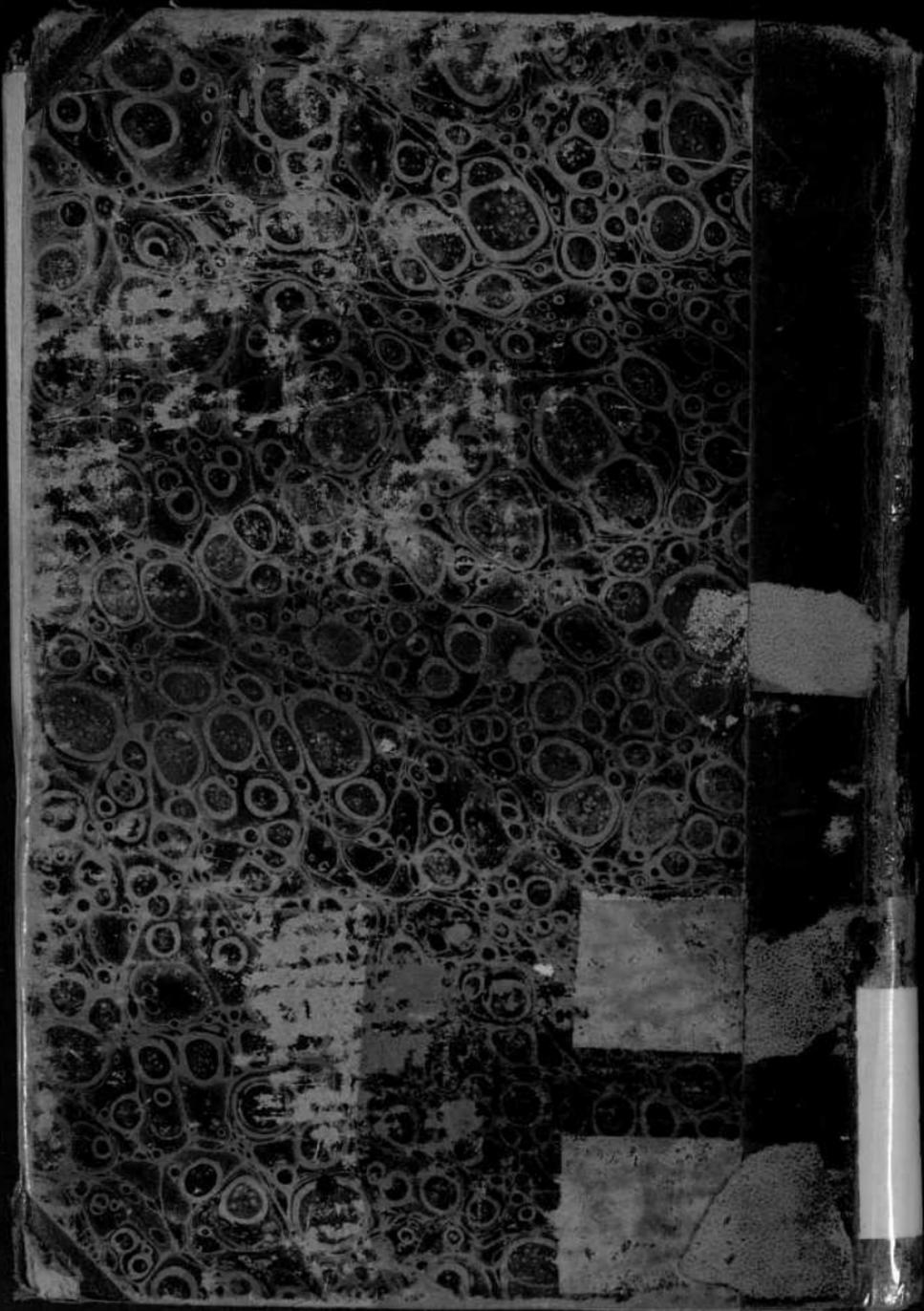












HERNANDEZ  
RECITACIONES

D-1  
1406