

plo, en las expresiones *sub corona emere* y *sectio* usadas por Varron (Véase antes, §. XCIII).

(1) Cic. Top. 5.

§. XCVIII. ADJUDICACION.

IV. La adjudicacion (*adjudicatio*), de que los juriscultos romanos hacen aun una materia particular, es relativa á los tres modos de dividir la propiedad romana, ya entre coherederos (*familiæ erciscundæ*), ya entre copropietarios (*communi dividundo*), ya entre propietarios de campos limítrofes (*finium regundorum*). La sentencia del juez encargado de velar por la particion de bienes en estas diversas operaciones, producía la propiedad romana, porque se habla de este modo de adquirir en las Doce Tablas (1).

(1) Festo (*v. erctum*), con motivo de *erctum* y *ctum* que usa, hablando de una manera general de los copropietarios (*consortes*), se apoya en la autoridad de *libri legum romanarum*, y tiene esta expresion en su libro una significacion un poco diferente de la que la da Justiniano. Gayo (*Fr. 1. D. 10, 2*) designa expresamente las Doce Tablas como fuente de la accion de division de herencia (*familiæ erciscundæ actio*) que Jacobo Godofredo ha colocado en la Tabla 5.ª En la nota 4 citada al fin del §. XCVI, he referido un pasaje en que se habla de árbitros *arbitri tres* para determinar los limites, y Nonio (*ver. Jurgium*) dice, segun Ciceron, que las Doce Tablas usaban la palabra mas dulce de *jurgare* para espresar las contestaciones entre vecinos (*vicini*) la cual ha colocado Jacobo Godofredo en la Tabla 5.ª

§. XCIX. LEX.

ULP. 19, 17.

V. Encontramos finalmente, entre los modos de adquirir, la denominacion general de *ley* (*lex*). Al primer aspecto parece contraria enteramente á las reglas de la lógica, si miramos el derecho del modo demasiado reducido que se acostumbra; sin embargo es tan propia de la parte positiva de esta ciencia como la denominacion general de (*proprio quodam jure ex variis causarum figuris*), denominacion usada algunas veces cuando se trata de las obligaciones. Entre los casos de esta naturaleza, que es imposible citar completamente, estaba ciertamente desde el período de que nos ocupamos, el legado de una cosa cuya posesion debe pasar en seguida al

legatario (lo que se llamó en lo sucesivo *per vindicationem legatum*). Es preciso comprender además bajo este título todo lo que los autores llaman modo romano de adquirir, y de que Ulpiano no habla, por consiguiente, el *sub corona emere* y la *sectio* citados por Varron (véase antes, §. XCIII nota 1) y acaso tambien el *census* (1). La donacion debería colocarse igualmente entre ellos, si hubiera sido en realidad un modo romano de adquirir, como se ha acostumbrado suponerlo falsamente por el lugar que ocupa en las Instituciones; pero el testimonio irrecusable de Teófilo nos enseña lo contrario (2), y Gayo tampoco trata de ella en este lugar.

(1) Schulting cree hallar un vestigio de este modo de adquirir en la *const. 7, c. 8, 54*. Es verdad que el *censu manumittere* (§. LXIII) nos remite á él. Por lo demás, sería posible tambien que en tiempo de Ulpiano no se contase entre los modos de adquirir, como un uso abandonado, aunque escritores mas antiguos se hubieran visto precisados á mencionarle particularmente.

(2) *Civilistisches Magazin*, tom. III, p. 187.

§. C. Fin de la propiedad.

GAJ. Instit. p. 73.

INSTIT. 2, 8. *Quibus alienare licet vel non.*

La propiedad acaba de una manera muy sencilla. Es necesario un hecho para disolver este derecho, menos en caso de destruccion de la cosa ó cuando un animal fiero vuelve á su estado natural de libertad (1) y en todos los demás depende esclusivamente de la voluntad del propietario. Su fin es poner la cosa *extra commercium* (§. LXXXIII), ó abandonarla de modo que no tenga dueño, ó finalmente ceder su posesion á otro. Sin embargo Gayo dice espresamente que las Doce Tablas concedían al agnado, curador de un demente, la facultad de vender los bienes de este (2), lo que supone que habia un caso en que la propiedad podia ser enagenada válidamente por otro que el mismo propietario.

(1) No se pensaba en estos dos casos, que no están previstos por el principio de derecho contenido en el *fr. 11. D. 50, 17*.

(2) GAJ. p. 69, lin. 7.

§. CI. *Adquisicion por otros.*GAJI *Instit.* p. 74, 77.

ULP. 19, 18, 21.

INSTIT. 2, 9. *Per quas personas cuique adquiritur.*

La máxima de que se puede adquirir por medio de todos los que estan bajo su poder, ya *in manu*, ya *in mancipium*, significaba solamente en un principio que no se puede adquirir jamás por medio de un tercero. En lo sucesivo significó tambien que uno era propietario de cuanto adquirían los que tenia bajo su poder, sin que estos pudiesen ejercitar ninguna clase de derechos contra aquel. Es posible que se acostumbrara ya en esta época conceder al esclavo, hijo, ó mujer el derecho de tener un peculio (*peculium*) (1). Este uso se introdujo sin duda por el padre, dueño ó marido, ya para interesar mas á sus subordinados en el cuidado de sus negocios, ya para hacer mas fáciles y gratas las relaciones de estos individuos con los otros Romanos. Les estimulaba mas en efecto á obligar á sus conciudadanos la certeza de que el tributo del reconocimiento no se pagaría exclusivamente á aquel bajo cuyo poder estaban.

(1) Esta espression no está usada al hablar del matrimonio propiamente dicho, al cual no puede ser relativo el fr. 9, s. III. D. 23, 3, pero debe tenerse en cuenta qué sabemos menos del poder del marido, qué del padre y dueño. Sin embargo los bienes de la mujer llamados *receptitia* tienen alguna relacion con el *peculium*.

§. CII. *NOTE.*

No hay en las Doce Tablas ningun vestigio de una materia muy importante en el derecho romano, la influencia del matrimonio con ó sin poder del marido (*manus*) sobre la propiedad de la mujer en general (*dos ó res uxoria*), influencia de que tampoco se habla en las reflexiones generales sobre este acto civil. No se concilia muy bien esta materia con el uso antiguo de los Romanos de comprar sus esposas. Es probable no obstante que ya en esta época hiciera el padre

muchas veces un donativo al casar á su hija, ó al menos que el esposo recibiera algo en compensacion de los gastos del matrimonio.

§. CIII. *PER UNIVERSITATEM SUCCESSIO.*

Cuando un individuo dejaba de poder ejercer por sí sus derechos, se formaba una masa, una universalidad (*universitas*) de todo lo que constituia su fortuna y no se estingua á su muerte, por ejemplo, el culto privado (*sacra privata*), aunque perteneciese en parte al derecho público, y fuese oneroso. Quedaba que decir entonces quién entraba en el goce de esta masa, no siendo preciso que fuera un solo individuo, como pudiera creerse por el adjetivo *universalis* colocado despues del sustantivo *sucesor*, empleado en esta circunstancia solamente por los modernos.

§. CIV. *Persona en cuyos derechos se sucede.*

Es una condicion esencial que el que experimenta un cambio semejante haya gozado hasta entonces de la facultad de adquirir derechos por sí, es decir, que haya sido libre, Romano, y que no esté bajo el poder de nadie. Debió haberse ajitado no obstante la cuestion de sucesion respecto á los extranjeros que ejercian derechos. Acaso sea este el primer jermen de la *posesion de bienes* (*bonorum possessio*) que se introdujo mas tarde por el derecho pretoriano. No se atendia generalmente al sexo, edad, estado civil ni patriciado de la persona que perdía el goce de sus derechos.

§. CV. *Diferentes modos de inhabilitarse para ejercer derechos.—Muerte.—HEREDITAS en virtud de un testamento ó de otro modo.*

La imposibilidad de poder continuar en el ejercicio de sus derechos, ó es efecto de la muerte ú ocurre durante la vida del individuo que llega á ser inhábil. La muerte es el

caso mas ordinario. Los Romanos la colocan en primera línea, y unen á ella los otros modos en forma de apéndice. Las Doce Tablas arreglando el modo de entrar en posesion de los derechos de otro á título de heredero (*heres*, palabra derivada de *herus* (1), como lo prueba la de familia que se ve aparecer en los dos modos de heredar, y de la cual se formó en seguida la de *hereditas* que no está en la ley Decenvira) (2), las Doce Tablas decimos (3) se ocupaban primero de la última voluntad del difunto; despues de su derecho de legar (*legares*) y finalmente de qué modo se consideraba que habia testado (*testatus*, de donde provino mas tarde la palabra *testamentum*). La ley esponia en seguida el modo de obrar á falta de una declaracion de esta clase por parte del finado (*intestato* en la ley y mas tarde *ab intestato hereditas*, *legitima hereditas*). Eran tan opuestos estos dos casos que jamás podian darse á la vez en una misma sucesion, es decir, que era imposible que uno heredase en virtud de un testamento y otro á falta de acto testamentario. Era tan estremado el rigor en este punto, que cuando se queria disponer de alguna cosa para despues de la muerte era preciso que esta disposicion comprendiese toda la sucesion (*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*); pero esta proposicion que no es necesaria respecto á todos los derechos indistintamente no nace del orden de las Doce Tablas en materia de sucesion. En efecto, los juriconsultos romanos, antes de examinar las máximas concernientes á la sucesion por título universal (*per universitatem successio*), se ocupaban del testamento en vez de hacer consideraciones generales sobre la devolucion y adquisicion de la sucesion.

(1) s. VII. *Instit.* 2, 19. *Veteres enim heredes pro dominis appellabant.*

(2) Segun dice Plinio (*Hist. nat.* 19, 4), la palabra *heredium* significaba un jardin en las Doce Tablas.

(3) *UTI LEGASSIT SUPER PECUNIA TUTELAVE SUE REI (ó bien, SUAVE RE), ITA JUS ESTO* (*Ulp.* 11, 14). Muy comunmente se antepone á esta frase la palabra *PATERFAMILIAS*. El profesor M. Erb. ha sido el primero en demostrar la inexactitud de esta adiccion (*Civilistisches Magazin* tom. IV, pág. 462). Si *INTESTATO MORITUR CUI SGUS HERES NEC... ADGNATUS PROCSIMUS FAMILIAM HABETO* (*Ulp.* 26, 1). La palabra *AST* que se coloca á la cabeza de esta frase está reemplazada en el manuscrito por *hac*, lo que debe significar *hac lege XII Tabularum*, si se juzga por su analogia

con lo que hemos dicho antes (s. LIX, nota 1). Se llena la laguna que se advierte á continuacion de *nec* con la palabra *exstabit* ó *sit*. Estos dos pasajes han sido colocados por Jacobo Godofredo en la Tabla quinta.

§. CVI. *Persona del testador.*

GAJI Instit. p. 77 y siguientes.

ULP. 20. *De testamentis.*

INSTIT. 2, 10. *De testamentis ordinandis.* 12. *Quibus non est permissum facere testamentum.*

DIG. 28, 1. *Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiunt.*

Lo primero que se consideraba en un testamento era la persona del testador. Era preciso que tuviese la facultad de testar, es decir, que tuviese en este sentido la *testimentifacion* (*testamenti factio*). Es verdad que las Doce Tablas no hablan de esta condicion (§. CV, nota 3); pero verosíblemente desde esta época se atendia ya á la capacidad del testador al tiempo de hacer testamento y al de su muerte. En esta última época solamente la imposibilidad física de hacer testamento era la que no perjudicaba al derecho. Para que hubiera esta capacidad, para que un Romano en fin fuese admitido á testar, bastaba que se le pudiera suceder (§. CIV), que fuese dueño de disponer á su voluntad de su fortuna (1) y que no se encontrara sometido á tutela y curaduría. Parece sin embargo que despues una mujer romana pudo hacer testamento con la autoridad de su tutor; y tambien que un liberto, y lo que es mas estraño, el hijo de un liberto, no tenian primitivamente derecho de testar como los otros ciudadanos, puesto que este fué uno de los puntos sobre que los Patricios se vieron obligados á rebajar el rigor antiguo de la ley cuando la redaccion de las Doce Tablas. Acaso cedieron con la esperanza de hallar una garantía contra los inconvenientes que temian como consecuencia de esta disposicion, en las numerosas dificultades de la forma exterior del testamento para los que se encontraban en clases diversas.

(1) *ULP.* 20, 13.

§. CVII. *Forma exterior del testamento.*

Respecto á la forma exterior del testamento, es uno de los puntos mas conocidos de la historia del derecho (§. X, nota 1.^o) que los antiguos Romanos tenian tres maneras de testar. Sin embargo si queremos remontarnos á su origen, cuanto podemos fijar con certeza es, que la tercera se introdujo despues de las dos primeras. Estas eran: 1.^a *el testamento hecho en tiempo de paz (in pace)*, como le nombra Gayo, aunque puede ser que esta forma se observára tambien en tiempo de guerra; pero lo cierto es que no podia tener lugar seguramente mas que en Roma: consistia en una declaracion hecha ante una asamblea especial del pueblo (*in calatis comitiis*) y no como dicen los modernos siempre (*in comitiis calatis*), que se convocaba siempre que se trataba de deliberar sobre negocios religiosos (1), y ademas se reunia dos veces al año (2); 2.^a *el testamento hecho en tiempo de guerra ó la declaracion hecha en el momento de ser llamados los soldados á las armas (in aciem vocare)*; este testamento se hacia pues *in procinctu*; pero las Instituciones y Teófilo, le llamaban con bastante rareza *testamentum procinctum* (3); 3.^a finalmente las formalidades del tercer modo que Gayo refiere á un caso de muerte súbita (4) y que se introdujo, segun Teófilo, verosímilmente para evitar las dificultades que ofrecian á los testadores las otras formas, especialmente la primera, cuyas formalidades consistian (§. XCIV) en una venta ó mancipacion figurada (*per æs et libram, per familiæ mancipationem et nuncupationem testamenti*). En este caso enajenaba el testador toda su sucesion futura (*familia*); pero podia revocar la donacion, porque ni le quitaba el derecho de disponer á su placer de cada cosa en particular, ni el de contraer deudas que podian absorber el importe de la sucesion; de modo que aunque hubiese estado establecida la irrevocablidad del acto en general, no podia traer

ninguna ventaja al adquirente (*familiæ emtor*). Los Romanos, razonando conforme al carácter y esencia de una sucesion por título universal, miraban la irrevocablidad del testamento como contraria á la razon y como inconveniente, pero no como dañosa, ni aun para el testador (5). En su origen debia enajenarse la sucesion á los herederos presuntos; pero despues, aunque se considerase al adquirente de la sucesion como un personaje esencial para la validez del acto, no tenia ni aun el derecho de simple ejecutor; todo consistia en un escrito (*tabulæ, tabulæ ceræve, lignum*) que el testador confirmaba por una venta simulada (*lex mancipii*) de su contenido (*mancipatio testamenti*) (6). No pasó largo tiempo sin introducirse la costumbre de sellar (*signare*) este escrito, de modo que fuera imposible leerlo, ó cambiar nada en él, sin romper el sello (7). Esta costumbre tenia ademas la ventaja de que, no solo no habia necesidad de enterar á aquel á quien se instituia por heredero, sino que se podia tambien designar por heredero á una persona que bajo cierto aspecto no fuera hábil aun, como un ausente, un niño no concebido; y darle algo por mancipacion, etc.

(1) Segun el parecer de Aulo Gelio (15, 27) que se funda en la autoridad de La-beon, los *calata comitia* eran asambleas, *quæ pro collegio pontificum habentur, aut regis aut flaminum inaugurandorum causa. Eorum autem* (lo cual no debe entenderse sino de los comicios en general) *alia esse curiata, alia centuriata; curiata per lictorem curiatum calari, id est convocari, centuriata per cornicinem. Iisdem comitiis quæ calata appellari diximus, sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant....*

(2) Hasta hoy no sabemos esta particularidad sino por Teófilo. Gayo nos la enseña tambien ahora.

(3) Ciceron (*De nat. Deor.* 2, 3) habla de las ceremonias religiosas que se practicaban con este motivo. Pero no se hacian solamente estas clases de testamentos á la entrada de la guerra y en el momento de dejar á Roma. Veleio Patérculo testifica (2, 5) que se hacian tambien en el ejército y en medio de la *campaña*.

(4) Pág. 78, lin. 2.

(5) Véase la Memoria de M. Schrader, consejero del tribunal supremo de Turinga, sobre el origen de la forma del contrato en los testamentos romanos (*Civilistisches Magazin*, tom. V, p. 152, 162).

(6) *Tabulas testamenti testator ita dicit: HEC UT IN HIS TABULIS CERISVE SCRIPTA SUNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQUE VOS QUIRITES TESTIMONIUM PERHIBETOTE* (Ulp. 20, 9). La autoridad de Gayo confirma que es preciso leer *perhibetote* en lugar de *prohibetote*, propiamente *prohibetote*, espresion que parece mas conforme al manuscrito de Ulpiano.

(7) Entre los antiguos, con mucha mas frecuencia que entre nosotros, el sello reemplazaba á las llaves, cuando no se temia ninguna fractura, de que nuestras llaves no garantizan siempre. M. Boetiger ha insertado en el *Diario de Modas* un artículo, cuyo fin es poner esta verdad al alcance de los lectores de todas clases.

§. CVIII. Contenido esencial del testamento.

GAJI Instit. p. 28.

ULP. 21. *Quemadmodum heredes institui debent.* 22. *Qui heredes institui possunt.*

INSTIT. 2, 14. *De heredibus instituendis.*

El contenido esencial de un testamento era el nombramiento de heredero ó herederos, segun la voluntad del testador, operacion llamada en esta época *legare* ó con mas exactitud *heredem instituere, heredem scribere, heredem facere*. La palabra *heres* indicaba ya, que la persona nombrada tenia un derecho sobre todo, aunque el testador no hubiese hablado mas que de una sola cosa ó *fraccion*, como decian los Romanos (1). Este derecho no podia ser limitado sino por otro igual, concedido á otros herederos en el testamento. Era preciso que el heredero fuese *hábil* (que tuviese la *testamenti factio* en este sentido), en cuyo caso solo estaban los Romanos ó sus esclavos. Naturalmente no se podia instituir por herederos á sus propios esclavos, sino concediéndoles la libertad. No se podia manumitir por testamento á los agenos; pero sí disponer á su favor para el porvenir, y en el supuesto de que se les concedería un día la libertad. Por lo demas, era libre un testador no solo para instituir heredero con ó sin condiciones, sino aun para escluir ú omitir á los mas próximos parientes y al patrono. No se ha podido decidir si en la época de que hablamos se introdujo por la primera vez, mas bien en beneficio del testador que para encadenar su voluntad (2), una restriccion importante al poder absoluto de disponer. Esta restriccion consistia en que, cuando personas libres caian bajo el poder del testador, que sobrevivía despues á su testamento (llamábase á estos individuos *posthumi*),

ó que tenia el testador bajo su poder personas libres al tiempo de testar (*liberi*), debian ser escludidas positivamente de la herencia (*exheredes scribi exheredari*) en el caso de no instituir las herederas. Exigiase esta condicion para que no pudiera dudarse si el testador habia querido escluirles, ó habia dejado de pensar en ellos, ya por olvidado, ya por ignorar su existencia.

(1) La division de un entero (*as*) en doce partes (*unciae*), y todas las fracciones que se podian deducir voluntariamente de esta primera base, son tan estrañas al punto de doctrina de que se trata aqui, como lo es hoy el cálculo decimal á la institucion de herederos.

(2) En este sentido la interpretó Trajano despues (s. I. Instit. 2, 11): *Nec ullorum magis interest, quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, ejusmodi exemplum non admitti.*

§. CIX. Adquisicion de la herencia por testamento.

ULP. 22, 24, 34.

INSTIT. 2, 19. *De heredum qualitate et differentia.*

Agitaban los jurisconsultos romanos, con motivo del testamento, la cuestion de cuándo entraban los herederos realmente en el goce de los derechos del finado. Preséntase tambien esta cuestion en el caso de no haber testamento; pero entonces no se exige para resolverla la reunion de tantas circunstancias particulares, como en la hipótesis del testamento. Aunque no dijese sobre ello una palabra las Doce Tablas, al menos en los fragmentos que han llegado á nosotros, es indudable que su solucion no dependia entonces, por regla general, de la voluntad libre de los herederos (*voluntarii heredes*); en una palabra, que desde esta época no dependió de ellos únicamente tener ó no la cualidad de herederos. Encontramos en lo sucesivo tres modos de manifestar la voluntad de aceptar la herencia, á saber; la adiccion ó aceptacion formal (*hereditatem adire*) (1), la simple aceptacion (*cretio*) y la gestion *pro herede* (*aliquid pro herede gerere*). Solo se necesitaba la última voluntad del difunto para la aceptacion, cuando habia instituido sus herederos en su testamento; en cuyo caso estos,

llamados *necessarii heredes*, eran ó los esclavos instituidos por el testador, ó los herederos suyos (*sui heredes*), los cuales parece que no se diferenciaban todavía. Un heredero está obligado por el hecho de aceptar la sucesion á recibirla toda entera, aun cuando fuesen muchos los llamados á ella; de modo que en tal caso cada uno de los coherederos está obligado á acrecer en los derechos de otro (*jus adcrendi*), porque cada cual es considerado como heredero por título universal, es decir, que tiene derecho á la universalidad de bienes (*per universitatem successor*). Cuando muchos aceptan á la vez la herencia, las deudas activas y pasivas (*nomina*) se reparten entre ellos, segun un pasaje positivo de las Doce Tablas, á proporcion de la parte que les corresponde (2). Sacrificábase la comodidad del comercio para igualar perfectamente á los coherederos. Todo lo que quedaba era comun, y cuando no estaban de acuerdo sobre su co-propiedad, intervenia un acto especial de particion para ponerles de acuerdo (*familiae erciscundae judicium*) (§. XCVIII).

(1) La aceptación (*hereditatis aditio*) constituye ciertamente un tercer modo, puesto que la *cretio* no tenia lugar en la *herencia legitima* (*legitima hereditas*), y por el contrario ambas palabras se aplicaban tambien á la materia de herencia testamentaria. Gayo no dice nada en contrario (pág. 96, lin. 16 y 18).

(2) *Obligatio dividitur per legem XII Tabb.*, dice el fr. 25, §. 13. D. 10, 2, y otros muchos pasajes, ninguno de los cuales espresa sin embargo las palabras de la ley, que se encuentran en Jacobo Godofredo: *Nomina proportionibus hereditariis inter heredes ercta cita sunt*.

§. CX. Anulacion de un testamento.

ULP. 23. *Quemadmodum testamenta rumpuntur.*

INSTIT. 2, 17. *Quibus modis testamenta infirmantur.*

No se encuentra en las Doce Tablas ningun vestigio de los modos por qué un testamento, válido en un principio, podria despues perder su validez; pero admitimos con fundamento la posibilidad del hecho en esta época, cuando el testador perdía el derecho de testar, por ejemplo, cuando moría prisionero en poder del enemigo, ó cuando

un testamento era roto (*ruptum*, por decir *corruptum*, espresion usada igualmente en lo sucesivo por los juriscultos al hablar de un testamento anulado en el caso de nacer un póstumo), ó finalmente, cuando no habia heredero, que quisiera aceptar voluntariamente la sucesion. A esta última hipótesis debería referirse, en la suposicion de haber ocurrido antes de las Doce Tablas, el caso de llamamiento de un segundo heredero á falta del primero (*secundus heres, secundi gradus heres, substitutus*), es decir, la sustitucion, á que se dió en lo sucesivo el epíteto de *vulgaris*, y cuyo fin era impedir que el testamento fuese abandonado (*destitutum*).

§. CXI. Otras disposiciones del testamento.

GAJI *Instit.* p. 102 y siguientes.

ULP. 24. *De legatis.*

INSTIT. 2, 20. *De legatis.*

DIG. 30, 32. *De legatis*, y casi hasta el título 36 inclusive.

Importaba poco para la validez del testamento que el testador hubiera prescrito en él otras cosas que la *heredis institutio*. Es muy verosímil que desde el momento en que este acto era reputado válido bajo todos conceptos, podian todos en la época de que hablamos, recibir del testador por el mismo concepto un derecho aislado ó particular, llamado *legatum*, en el sentido estricto de esta palabra, es decir, una disposicion de bienes particulares sin perjuicio de la disposicion esencial que se refería á la herencia. Era natural, que este derecho fuese la propiedad ó una simple esperanza, y por consiguiente, hasta aquella fecha debemos subir, para encontrar el jermen de la division posterior de los legados, segun se hacian *per vindicationem* ó *per damnationem*. Finalmente, la doctrina de los legados llegó á tomar una estension mucho mas considerable que la de la *heredis institutio*. En fin, podia manifestar el testador en

su testamento su voluntad acerca del derecho de las personas sometidas á su poder; podia ordenar la manumision de sus esclavos (§. LXIII) ó nombrar tutor, ya á sus hijos impúberos, ya á su mujer, circunstancia mencionada en las Doce Tablas (§. LXXX); pero es difícil que en esta época se pudiera adoptar por testamento.

§. CXII. Sucesion intestada.

GAJI *Instit.* p. 127 y siguientes.

ULP. 26. *De legitimis heredibus.*

INSTIT. 3, 1. *De hereditatibus, quæ ab intestato deferuntur.* 2. *De legitima agnatorum successione.* 6. *De gradibus cognationis.*

DIG. 38, 16. *De suis et legitimis heredibus.*

A falta de testamento, se difería la herencia segun el orden de la sucesion legítima inmediata (*legítima hereditas*, palabra que no se cambia, y que no es la *justa hereditas*, en Varron: V. §. LIX, nota 1), sucesion á la que daba lugar un parentesco constante entre las personas en un caso semejante. Poco á poco se estableció el principio, de que el grado mas próximo de parentesco, destruye enteramente el mas lejano, aunque no quiera usar de él el que le tenga (*in legitimis hereditatibus non et successio*), circunstancia que debió dar lugar muchas veces á la cesion judicial de la herencia (*in jure cessio*). Sin embargo, como solo encontramos aplicado este principio á falta de parientes de tercer grado, de modo que es muy posible que no se aplicara á los tres primeros, lo cual hubiera formado entonces la última escepcion de la regla, es inverosímil que debiera su origen este principio á la *bonorum possessio*, sucesion introducida por el Pretor. Debemos advertir, que contra el uso adoptado hoy entre nosotros, los jurisconsultos romanos no trataban en esta ocasion de los diferentes grados del parentesco consanguíneo.

§. CXIII. SUUS HERES.

El heredero suyo *suus heres*, palabras cuya inversion no se admite, y con motivo de las cuales se ha hecho por la primera vez esta advertencia, aplicable á todos los términos compuestos; el heredero *suyo* es el que precede á todos los demas en el orden del parentesco ó relacion de que aquí se trata. Las Doce Tablas le nombran espresamente; pero lo que de él dicen, supone mas bien que arregla su derecho hereditario (§. CIII, nota 2). De modo que se habla de él por oposicion al heredero legítimo. Este nombre, de que los modernos han derivado el término de *suitas*, no tenia la significacion que los jurisconsultos romanos le dieron despues de designar una persona que en cierto modo ha heredado de sí misma (1), sino que recordaba perfectamente la dependencia en que habia estado el heredero del individuo que habia muerto. Llamábase, en efecto, *suus heres* el que á la época de la muerte del propietario, cuyos derechos heredaba, estaba aun bajo su patria potestad ó *in manu*, ó estaria si este viviese aun; de donde se infiere naturalmente, que los hombres eran los únicos que tenían herederos suyos. En ambos casos suceden estos, no en consideracion al grado de parentesco, sino por su colocacion inmediata despues de él, es decir, porque no hay ninguna persona bajo cuyo poder deba caer despues de la muerte del propietario; pues si la hubiera debería ir á ella la herencia (§. CI). Por lo demas se sucedia *in stirpem* (*in stirpes dividitur*). Nada nos autoriza á pensar que hubiera bajo este concepto diferencia entre el hijo de familia (*filius familias*) y la mujer en poder de su marido.

(1) Gajo ha hecho de ella una palabra técnica griega: αυτοκληζομομος.

§. CIV. Agnados.

A falta de herederos suyos, llama la ley á la sucesion al mas próximo agnado (§. LXXVII). Solo una persona libre

puede tener agnados, á menos que la adopcion ó la *in manum conventio*, produjesen en la clase de los libertos alguna cosa análoga, lo cual ignoramos. Esta especie de parentesco, de que se habla espresamente en las Doce Tablas, se determina únicamente por el grado en que se encuentra colocado un individuo, sin averiguar si descende de un antepasado próximo ó lejano del difunto. La igualdad de grado da igualdad en las partes (1). No se pensaba aun en distinguir los parientes consanguíneos de los otros agnados (§. LXXVII, nota 4).

(1) Es verdad que Gayo se limita á decir (en la LL. MOS. ET ROM. COLL. 16, 2.): *Jandudum placuit, in capita dividendam hereditatem*; pero sin embargo no parece que haya existido otro uso, al menos en tiempo de las Doce Tablas.

§. CXV. Gentilidad.

ULP. 27. *De libertorum successione.*

INSTIT. 3, 7, (8). *De successione libertorum.*

La ley llama á los *gentiles* despues del agnado mas próximo (1) pero aqui adquiere mayor grado de interés una cuestion de que nos hemos ocupado ya (§. LXIX), á saber, si en las Doce Tablas habia algun otro pasaje independientemente del que referimos en que se hablase del patrono del liberto, y del que pudiese resultar que la herencia legítima se arreglaba por las Doce Tablas de un modo diferente, segun que se tratase de la de un hombre ingenuo ó de un liberto (2). No consiste la duda en saber si el patrono patricio y sus hijos podian heredar al liberto, en caso de no dejar ni testamento ni heredero suyo, porque la afirmativa no es dudosa; se trata de saber, si el patrono plebeyo gozaba del mismo derecho, y si las Doce Tablas contenian algun *pasaje concerniente á ello*, ó no era necesario mencionar particularmente al patrono y su hijo entre los *gentiles*, así como no se necesitaba indicar, en la misma ley, la diferencia entre el agnado y el consanguíneo. En una palabra, ¿heredaba en virtud de raza (*stirpe*), como dice Ciceron, y aun cuando otros pretendiesen heredar en virtud de la familia (*gente*)?

El que habia concedido á un hombre libre la libertad, era considerado como su patrono despues de la manumision; pero en ninguna parte se dice que estuviesen en igual caso los otros parientes. Despues de los agnados del hombre libre y el patrono del liberto, venian los simples *gentiles*. Estos, tomando la palabra en el sentido en que designa, no solamente á los que podian dejar una sucesion sometida á una curatela, sino tambien los que podian heredar y ser curadores, es decir, los grandes *gentiles*, todos sin duda, Patricios de origen; estos, digo, tenian un derecho de herencia no solo cuando otros individuos que eran sus iguales morirían sin dejar testamento, ni herederos suyos, ni agnados, sino tambien cuando la muerte arrebatava á un liberto ó los descendientes de un liberto, y es probable que por consideracion á ellos se sujetaran á tantas restricciones las otras bases de la herencia (3).

(1) Encuéntranse, segun Ulpiano, estas palabras pero muy alteradas en la LL. MOS. COL. (16, 4): *SI AGNATUS NESCIIT, GENTILES FAMILIAM HERES HANC*, de donde le hace *SI AGNATUS NEC ESCIT* (y puede ser *HERES*), *GENTILIS FAMILIAM NANCITOR*. Pero el plural *GENTILES* está usado siempre en la *Collatio*. *HERESCANT* es aun peor.

(2) El texto de las Doce Tablas, como ha sido restablecido por los modernos, ofrece en la 5.ª un pasaje, en que se habla positivamente del derecho del simple patrono, en el sentido que se dió en lo sucesivo á esta palabra, á la herencia de un liberto; pero nada garantiza que hiciera parte realmente del texto primitivo de la ley. Fúndanse para creerlo solamente en que en el *fr.* 195, s. I. D. 50, 16, dice Ulpiano hablando del edicto, y no Gayo hablando de las Doce Tablas, que *familia* significa tambien las personas, y que así, por ejemplo, cuando la ley de las Doce Tablas habla del patrono y del liberto emplea en el mismo sentido la doble locucion de *ex ea familia et in eam familiam*. Esto nos dá motivo para demostrar cuán poco partido se ha sabido sacar de Teófilo en esta ocasion. Este jurisconsulto refiere, no al tratar de la sucesion, sino al hablar de la analogia que hay entre el derecho de suceder y la obligacion de soportar las cargas de la tutela (1, 17), un pasaje de las Doce Tablas que no cita en verdad testualmente, pero cuyo sentido nos dá á conocer y es el siguiente: «Si un liberto ó una liberta muere sin hijos y sin testamento su herencia debe ser devuelta á los patronos ó los hijos de los patronos.» Lo que prueba que esta regla no podia existir en estos términos en las Doce Tablas, en que se dice que todos los hijos no eran preferidos indistintamente al patrono, pues lo eran solamente los llamados *sui*: y en la época en que escribian los Decenviros, un liberto no podia tener hijos suyos.

(3) Una de las restricciones mas importantes seria la establecida en mi *Dissertatio de fundamento successionis ab intestato ex jure Romano antiquo et novo* (Gettingue, 1785, in 4.ª), que he defendido despues en mi diario de jurisprudencia (*Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 101, 128), contra algunas objecio-

nes infundadas que se me habían hecho, entre otras la de que Justiniano enseñaba una doctrina diferente. Sin embargo, he abandonado después esta opinión que tendía á establecer que en los tiempos antiguos, eran excluidas de la sucesión *intestada*, las mujeres, sus descendientes, los agnados, lo mismo que la hija en poder del marido, la madre respecto á sus hijos, y en lo sucesivo las mismas agnadas. Lo que me habla movido á formar esta conjetura es que la ley *VOCONIA* excluía á las hijas de la sucesión testamentaria, y que entre los germanos no heredaban jamás las mujeres los inmuebles. En efecto, porque el motivo que se opone en Alemania á la sucesión de las hijas, es decir, que *la mujer no protege*, no habria tenido tanto valor entre los Romanos no menos guerreros que los habitantes de la Germania? No es necesario para observar las reglas de la analogía, admitir que en cuanto á la sucesión de las mujeres, debian ser idénticos los principios en dos pueblos igualmente enemigos de la poligamia? Y si se adopta esta semejanza ¿qué consecuencias no se pueden deducir del testimonio unánime de los autores, entre otros Ulpiano (29, 4), que nos enseñan que en los primeros tiempos de la fundación de su ciudad, no tenían en cuenta los Romanos á las mujeres en cuanto á la aplicación del derecho civil: No establecían, respecto á la sucesión, ninguna distinción entre las cosas muebles é inmuebles. Mr. de Læbr ha hecho notar con mucha justicia en la memoria de que he hablado antes (§. LXXIX, nota 1) que por medio de la tutela perpetua, á que estaban sometidas entre ellos las mujeres, conseguían los Romanos fácilmente el mismo fin que otros pueblos excluyendo enteramente á las mujeres de la sucesión. Ninguna mujer entre ellos podia dar nada ya á su esposo, ya á sus hijos, sin el consentimiento de aquellos á quienes arrebatava el objeto de que quería hacer donación.

§. CXVI. Reflexiones generales.

Las Doce Tablas no hacian particular mención del modo con que se adquiría la sucesión por el heredero legitimo; pero no hay ninguna razon para creer, que los principios admitidos en cuanto á los herederos testamentarios, no fuesen igualmente aplicables á este caso, cuando no se oponian á ello circunstancias particulares.

Se pregunta ahora, cuál era la suerte de una sucesión no adquirida en virtud de un testamento ni *ab intestato*. No se trata aún de que el Estado (*fiscus*) tuviese en general un derecho esclusivo sobre tal sucesión, y es muy probable que entonces se considerase una sucesión sin herederos del mismo modo que todas las otras cosas sin dueño (§. XC), con la sola diferencia de que cuando no se presentaba heredero, recaían las cargas sobre la persona que adquiría por tradición la propiedad romana de la mayor parte de esta sucesión (1).

(1) CICER. De LL. 2, 19. De los *sacra* se apodera *tertio loco*, si nemo sit heredis. qui de bonis, quæ ejus fuerint quum moritur, usucepit plurimum possidendo.

§. CXVII. Adquisición de una fortuna entera de otro modo que por causa de muerte.

GAJ. Instit. p. 149, 150.

INSTIT. 3, 10, (11). De *acquisitione per adrogationem*.

Puede adquirirse una masa entera de bienes de otro modo que por causa de muerte, ya por efecto de la *maxima capitis diminutio*, no indicada aquí de una manera especial, ya por el de la *minima capitis diminutio*, es decir, cuando un hombre, hasta entonces independiente, cae bajo el poder de otro. Así podían adquirirse por título universal todos los bienes de alguno, ya por consecuencia de matrimonio o de la *in manum conventio* de una Romana que no era *filia familias*, ya por la adrogación. Sin embargo, el individuo bajo cuyo poder entraban las personas de que hablamos, no soportaba las deudas de estas en todos los casos, de modo que se viese precisado á pagarlas con su dinero, sino que aceptaba su fortuna con las restricciones de que trataremos después al hablar de las deudas de un individuo sujeto al poder de otro. No es cierto que la *capitis diminution media* (*media capitis diminutio*), haya sido nunca un modo de adquirir por título universal. Los derechos puramente romanos del que perdía esta cualidad, cesaban en el momento mismo de su pérdida, y cuando el extranjero no pertenecía á un pueblo aliado, no escrupulizaban violar todos sus derechos.

TERCERA SECCION.

DE LAS OBLIGACIONES.

DIG. 44, 7. De *obligationibus et actionibus*.

§. CXVIII. Falta de datos hasta hoy.

Hasta hoy hemos tenido que sentir que Ulpiano nos abandone enteramente en la materia de obligaciones (de

obligationibus et actionibus), y que las Instituciones entren respecto al derecho antiguo, en detalles mucho menos extensos que los de otras materias. Es verdad que los monumentos de que hemos hablado (§. IV) son relativos en su mayor parte á esta porcion del derecho civil; pero solo sirven para demostrarnos cuantos detalles importantes ignoramos hasta hoy sobre esta materia. Este estado de ignorancia ha durado hasta que el descubrimiento del manuscrito de Gayo ha venido á abrirnos una nueva fuente de luz; aunque á decir verdad, no nos ilumina de un modo especial sobre las acciones, consideradas aisladamente, de la obligacion particular á que pueden referirse. Parere muy probable, segun Gayo, que *las acciones de ley* (*legis actiones*) se asemejaban mucho á las obligaciones, y tanto unas como otras consistian en cartas, actos y las relaciones que emanaban de ellas para con una persona determinada (1). Gayo sin embargo, no dice que la palabra *actio* deba indicar solamente una accion contra una persona (2).

(1) Véase, para la palabra *obligatio*, el *Civilistisches Magazin* (tom. III, p. 389; y tom. V, p. 90). Es bastante singular que despues de saber que la palabra *obligatio* comprende á la vez un hecho y un derecho, se pretenda que solo recibió estas dos acepciones en lo sucesivo, como si un sustantivo formado de un verbo con la terminacion *tio* ó *tus* no indicase siempre un suceso, y no fuese lo mismo decir: *obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis adstringat, ú obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur*.

(2) Algunos de los motivos referidos en el *Civilistisches Magazin* (tom. IV, p. 23), no son aplicables á los primeros tiempos de Roma; por otra parte los nombres con que designaron los jurisconsultos en lo sucesivo las acciones aplicadas á cada obligacion particular son de un origen muy posterior.

§. CXIX. Relacion entre el acreedor y el deudor.

GAJI *Instit.* p. 151, 187.

INSTIT. 3, 13, (14). *De obligationibus*.

La palabra *obligacion* no llegó á ser un término técnico, sino en el curso del tercer período. Es probable que la reemplazara antes el de *nexus*. Las obligaciones se dividen en civiles y honorarias ó pretorias (1), division que existe igualmente en la doctrina de las personas y de las cosas. Solo debíamos ocuparnos de las obligaciones civiles, porque

son las únicas de que puede resultar una accion. Una obligacion civil (*obligatio civilis*) es aquella en virtud de la cual un individuo, (llamado *reus* en las Doce Tablas (2) y *creditor* en lo sucesivo), tiene derecho de forzar á otro por una accion jurídica á cumplir sus empeños, cualquiera que fuese la dificultad que el último pudiera oponer á ello, y aunque le precisara sacrificar su libertad personal, es decir, su condicion y todos sus derechos. La obligacion que en lo sucesivo se llamó *natural* (*obligatio naturalis*) es completamente contraria á la precedente: su único resultado es mantener lo que se ha ejecutado en su virtud, é impedir por consiguiente que pueda entablarse una accion para obtener la nulidad de lo que se ha hecho en su consecuencia, y se considere como no cumplida. Pero los Romanos no examinaban la cuestion de si puede haber una obligacion con independencia del derecho positivo, es decir, si puede haber un deber de conciencia, y por consiguiente si la *obligacion natural*, para valerme del lenguaje de Tomasius, debe pertenecer al derecho natural ó á la moral. No ocurría á ningun jurisconsulto llamar *obligaciones* á los deberes que estamos obligados á cumplir con la sociedad, es decir, para con todos los hombres en general. Siempre que usaban esta palabra sobrentendian necesariamente que habia ocurrido algun hecho, á consecuencia del cual se habia obligado uno de un modo particular para con una persona determinada.

(1) Se dice solamente en las Instituciones (§. 1, h.) *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt aut pretoriae*. Estas eran en un principio simples obligaciones naturales. Pasó mucho tiempo antes que se hiciese derivar de ellas el derecho de coaccion. Gayo (Fr. 1, §. 1. D. 46, 2), cuando dice: *Utrum naturalis, an civilis, an honoraria*, designa de una manera mas positiva las tres clases de obligaciones.

(2) En el pasaje conocido *AST SI PLURES ERUNT REI*.

§. CXX. Especies de hechos obligatorios.

Como solo se habla de las obligaciones civiles, y no de las puramente naturales, en los tratados generales de los antiguos

sobre el derecho civil de los Romanos, resulta necesariamente que solo se encuentran en dichos tratados documentos sobre el origen de las primeras. Los jurisconsultos citan siempre dos clases de estas obligaciones, segun que nacen de un contrato (*ex contractu*) ó de un delito (*ex delicto, ex culpa*, en la ley romana de los visigodos); era el método seguido por Gayo, como sabiamos ya por el extracto de su obra (1). El mismo escritor coloca ademas en otro lugar una tercera clase de obligaciones: *proprio quodam jure ex variis causarum figuris*. Parece mas conveniente en un tratado dogmático sobre el derecho civil adoptar esta clasificacion, que seguir las Instituciones que admiten cuatro clases de ellas, á saber, despues de las dos que acabamos de enumerar, los *cuasi contratos* á continuacion de los contratos, y los *cuasi delitos* despues de los delitos.

(1) GAIJ Instit. A continuacion del Teodos. cod. 2, 9. pr.

§. CXXI. Contratos.

La palabra *contrato* no se encuentra en las Doce Tablas. Los jurisconsultos romanos posteriores á esta época la dan ya un sentido algo estricto, que la hace sinónima de *obligatio*, de *vinculum*, de *nexus*; así no se sirven de ella mas que para designar los negocios, en que suponemos hoy ante todo la existencia de un pacto ó de una convencion (*pactum, conventio*). Pero los Romanos no iban tan lejos como nosotros, se contentaban con decir que un contrato es todo acto en el cual puede apercibirse el vestigio de una convencion (1). No admitian que todo acto tuviese el valor de un contrato: pero ciertamente no era, sobre todo en la época de que nos ocupamos, porque fuesen menos esclavos de su palabra que otros pueblos del mismo tiempo (§. XXXV). Es posible que hubiese ya casos en que se pudiera intentar una accion á virtud de un pacto, es decir, defender que habia una causa civil (*causa civilis*, como se la llama en el fr. 49, §. 2. D. 15, 1), que le erigia en contrato; pero ad-

mitiendo que desde este mismo tiempo hubiera ya casos semejantes, es muy cierto que no habia mas que dos, á que se juntaron despues otros dos. Eran: 1.º cuando la reclamacion estaba fundada sobre la entrega hecha por el demandante de un objeto cualquiera (*res*); 2.º cuando en una promesa verbal (*verba*) (2) se habian observado todas las formalidades prescritas por los usos romanos. Seria posible sin embargo tambien que en el segundo caso, es decir, con motivo de una promesa verbal, hubiera obligacion de probar la existencia del primero, es decir, de una entrega hecha en virtud de esta promesa.

(1) Fr. 1. §. 3. D. 2, 14. *Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem (a) que non habeat in se conventionem.*

(2) Estas palabras *nexus, us, y nexum*, se encuentran con una terminacion antigua en Ciceron, en Varron, en Festo y aun en Servio (Véase antes s. LXXIV), los cuales los usan como un término técnico muy importante. Los jurisconsultos romanos las hacen derivar sin ningun fundamento de *neq suum* y no la dan mas que el sentido vulgar, el de lazo. La definicion de esta palabra *quod per as et libram fit*, esceptuando cuando mas la mancipacion, supone la existencia de una obligacion *re*, ó perfeccionada por la cosa, es decir real y probada, ó en otros términos, aquello de que un individuo era deudor á otro; y en este caso se tenia en cuenta el modo con que se habia espresado al contraer la obligacion (*id quod lingua nuncupassit*), es decir, lo que hay de esencial en una obligacion verbal. Puede ser que naciese de allí en lo sucesivo el principio de que una de las dos condiciones basta para dar causa á la obligacion, y que las palabras (*verba*) obligan sin que se necesite de la formalidad del *as et libra*. Así poco mas ó menos llegó á ser verbal con el tiempo el testamento, en que habia hecho un papel tan importante la formalidad del *as et libra*, aun sin que hubiera venta simulada (*familie mancipatio*). La palabra *stipulatio* cuya terminacion es moderna, y cuya raiz (*stips*) anuncia que originariamente se pesaba el dinero en este caso, no está designada como espresion de las Doce Tablas; pero la máxima *UTI LINGUA NUNCUPASSIT ITA JUS ESTO* era trasportada tácitamente del caso en que habia *nexus* al en que habia *stipulatio*.

En las Doce Tablas los términos de *as confessum, depositum, nexum*, y aun el de *fenus*, son usados como nombres de contratos. Es muy verosímil que el orden con que Gayo y las Instituciones pasan de una especie de contrato á otra, era el seguido por los antiguos Romanos (Véase antes, s. II, nota 1). No puede tratarse aun en esta época del contrato perfeccionado por la escritura (*littera*), ó por el consentimiento (*consensu*).

(a) O es otra espresion de la misma idea, ó la palabra *obligacion* tiene aquí sentido diferente de la de *contrato*, lo cual no podemos determinar porque ignoramos en que época se hizo esta advertencia por primera vez.