

ducia contra el testamento, contra la adopción, finalmente, contra una mujer *in manu*, en nombre de la cual se presentaba un heredero suyo á la sucesión de un liberto. Ninguno de estos tres casos tenía lugar en cuanto al patrono, cuando se trataba de una liberta (§. CCXII).

Si el liberto había sido libre al nacer (*liberum caput*), y solo había sido manumitido al salir de la patria potestad por otro que su padre, todos sus parientes en primero y segunda grado, es decir, cerca de diez personas (*unde decem personæ*), aunque podía haber muy gran número, eran preferidos al patrono llamado en este caso (*extraneus manumissor*) (2). Era esta, sin duda, una gran restricción impuesta al derecho de patronato, pero que se aplicaba á un caso en que, sobre todo, en el tiempo de que hablamos, no se ejercía este derecho en todo su rigor.

Después del liberto difunto venían los agnados de su patrono (*tum quem ex familia*, y no *tum qua ex familia*, como tampoco *tanquam*); después el patrono del patrono (3); finalmente, el *unde vir et uxor bonorum possessio*, es decir, enteramente en último lugar los cognados del patrono hasta cierto grado, con motivo del cual cita Ulpiano la LEY FURIA. Estas diversas especies de *bonorum possessio* no tenían lugar sino á falta de una *bonorum possessio* de parte de un heredero civil. Sobre este punto es sobre el que se equivocan menos los modernos cuando hablan de esta doctrina.

(1) Véase el fr. 1. D. 33, 2, en que se cita á Servio Sulpicio. El patrono tenía el derecho de escoger; podía también *libertatis causa imposita petere*, conforme al fr. 20. D. 37, 14 y C. 2. C. 6, 13.

(2) Véase una Memoria del profesor M. Erb en el *Civilistisches Magazin* (tomo V, p. 129-140) sobre las causas del silencio de Ulpiano en esta materia.

(3) Supongo aquí que el patrono mismo era un liberto, lo cual hace el texto de Ulpiano (27, 2) y el de las Instituciones (s. 3. (4). l. 3, 9. (10) mucho más claro, y se pone más en armonía con lo que sabemos por otra parte, conforme á la interpretación de Teófilo, que entendía por esto que era preciso que el patrono hubiese sido también el del mismo difunto. Véase la Memoria del profesor M. Gœschen, sobre la *bonorum possessio libertini intestati*, en el *Civilistisches Magazin*, tom. IV, p. 257-259.

§. CCXXV. Casos particulares.

DIG. 37, 10. De Carboniano edicto. 38, 14 (15). *Ut ex legibus S. va. C. bon. possessio detur.*

La posesión de bienes contraria á la ordinaria (1) (*ordinaria bonorum possessio*), que se encuentra citada en varios lugares, es la *Carbonaria bonorum possessio*, á que tiene derecho un impúber, cuando se le disputa á la vez su estado (*status*) y su derecho hereditario (2).

Sin embargo, la diferencia admitida entre las *ordinariae bonorum possessiones* y el *extraordinarium auxilium*, está establecida en otro lugar (3), de tal modo que por *extraordinarium auxilium* se entiende el caso puesto en un pasaje del Edicto, que dispone que un Plebiscito ó un Senado-consulto (4) podía ordenar á favor de uno la *bonorum possessio*. En este caso también no se necesitaba ninguna condición para que tuviese lugar en favor de esta persona, y no se detenían á examinar si la *bonorum possessio* suponía ó no la existencia de un testamento (*quibus ex legibus, ó quibus ut detur lege nil Scto comprehensum est*). Es preciso advertir que esta *bonorum possessio*, de que no hace mención Ulpiano, estaba reconocida por leyes positivas, y la doctrina del derecho pretoriano había pasado, por decirlo así, al derecho civil (§. CLXXVIII, nota 2). El *internecini crimen*, de que se habla en Isidoro, puede ser considerado como un ejemplo.

(1) Fr. 5, s. 3. D. 37, 5, y fr. 3, s. 15 y 16. D. 37, 10.

(2) No es cierto que este Edicto, como tampoco otra multitud de ellos designados por el nombre del mismo Pretor que los dió, date realmente del segundo período.

(3) §§. 6 y 7. (2 y 5. Inst. 3, 9. (10).

(4) Si estuviésemos seguros de que estuviese ya mencionada en este lugar en el Edicto, resultaría de ahí una prueba de más en favor de lo que hemos dicho s. 173.

§. CCXXVI. *Cómo sucede una BONORUM POSSESSIO á otra.*

DIG. 38, 9 (10). *De successorio edicto.* 15 (16). *Quis ordo in possessionibus servetur.*

Aquel á quien corresponde la *bonorum possessio*, debia declararse al *Magistratus populi Romani*, es decir, al Pretor ó al gobernador de la provincia, en un plazo dado, que es el de un año para los *parentes* y *liberi*, como decimos nosotros, para todos los parientes en línea recta, y el de cien dias para todas las demas personas que pueden ser llamadas. Este término, en ambos casos, debia contarse sin interrupcion desde el principio hasta el fin (*utiliter*). Pero no era preciso, como pretenden algunos jurisconsultos modernos, que declarase judicialmente (*declaratio judicialis*) que estaba pronto á aceptar la sucesion con todas sus cargas. La declaracion de que acabamos de hablar se llamaba *bonorum possessionem agnoscere*, *petere*, *admittere*, *accipere*. Al momento que una de las personas llamadas habia dejado transcurrir el plazo que la estaba concedido, y no se encontraba presente otra llamada en concurrencia con ella que se diese á conocer, sucedia la posesion de bienes que venia inmediatamente despues de esta, conforme á su naturaleza (1), la cual se determinaba segun los diferentes grados de la posesion de bienes (*gradus bonorum possessionis*); finalmente, en cada una de ellas se tenia en cuenta el lugar (*gradus*) que ocupaba, pero no solamente el que le daba derecho á la herencia legítima; acaso era entonces segun el grado de parentesco. Los hijos no eran los únicos llamados muchas veces; siempre merece que se note este caso en cuanto á que, mirado respecto á los hijos, ha servido de base á los jurisconsultos modernos para establecer la prescripcion de 90 años.

(1) Así, por ejemplo, á falta de *bonorum possessio* testamentaria, se procedia á la *ab intestato*. El fr. 2. D. 38, 6, no prueba lo contrario, pero en la frase

siguiente que contiene la palabra *ut* tiene la significacion de *ut ut*: *Emancipatus præteritus, si contra tabulas bonorum possessionem non acceperit, et scripti heredes adierint hereditatem.... quamvis secundum tabulas bonorum possessio petita non fuerit, non tamen eum præter tuetur, ut bonorum possessionem accipiat unde liberi.*

§. CCXXVII. *BONORUM POSSESSIO CUM RE ET SINE RE.*

Como la *hereditas* y *bonorum possessio* ocurren ambas juntas en cuanto al mismo difunto, en el mismo caudal, y respecto á la misma sucesion, ya testamentaria, ya *ab intestato*, no puede menos de preguntarse quién era el que recibia entonces realmente el caudal (*rem*), expresion que ocurre muchas veces aun en el comercio ordinario de la vida. ¿Era el que habia adquirido la *hereditas*, ó el que habia hecho uso de la *bonorum possessio* que le habia sido ofrecida (1)? A la solucion de este problema, al cual casi ninguno de los jurisconsultos modernos se ha dignado atender, se refiere una expresion técnica empleada hace largo tiempo por Ulpiano, y tambien, con una intencion particular por Gayo; quiero hablar de la *bonorum possessio cum re et sine re* (palabras cuya inversion no estaba admitida). Sin duda esta expresion, por pura inadvertencia, no está empleada en las Instituciones de Justiniano, aunque, sin embargo, se vuelve á encontrar en el Código, y debe unirse á la de *hereditas cum re et sine re*, que no se ve mas que en San Ambrosio. El resultado de esta *bonorum possessio*, está indicado en las Instituciones por esta frase: *remota quoque bonorum possessione ad eos pertinet hereditas*; pero sería muy difícil dar á estas palabras una interpretacion en un todo diferente de la que deben tener conforme á la intencion de su autor; y ademas, el otro sentido que Teófilo no admite tampoco, tiene ciertamente algo de muy plausible. Otra expresion se encuentra con mas frecuencia en nuestras fuentes, la de *Prætor eum tuetur*, ó *eum non tuetur*. En efecto, el heredero no podia preceder siempre al *bonorum possessor*, ni este al heredero. E importaba decidir si

el *bonorum possessor* debía ser llamado á la *bonorum possessio*, ya antes que el heredero, ya á la par que este, ya despues que él. En los dos primeros de estos tres casos, un individuo, que no era heredero, recibia realmente la fortuna del difunto, y entonces su *bonorum possessio* es *cum re* (2) (*eum Prætor non tuetur*). En el tercero se devolvía al heredero que no se habia ofrecido para la *bonorum possessio*. En este caso, la *bonorum possessio* del otro era *sine re* (*eum Prætor non tuetur*). Es posible, en efecto, que la *bonorum possessio* corresponda á una persona antes de la cual haya otras veinte, cada una de las cuales tenga facultad por ello para excluirla de su toma de posesion, pues que no tendrá derecho á esta sino en cuanto aquellas hubieren dejado de usar el suyo. Se juzga que le han renunciado, cuando prefieren entrar en los derechos del difunto por medio de la *hereditas*. Pero como, en los términos del derecho civil, solo puede ser heredera una de estas personas, la cuestion de saber á quién se devolvía realmente el caudal en caso de concurrencia, se reduce á términos muy sencillos, es decir, que el heredero se hace adjudicar realmente todos los bienes, en virtud del mismo derecho, segun el cual se le ha ofrecido la *bonorum possessio*, mientras que el *bonorum possessor* se encuentra excluido de la posesion (3) por el mismo heredero. Sin embargo, la doctrina nueva sacada de Gayo, de que he hablado en el §. CCXXII, y segun la cual todo *legitimus heres* debe ser preferido para la *bonorum possessio* al heredero instituido, que no puede invocar á su favor mas que la *bonorum possessio*; esta doctrina, digo, forma aquí una excepcion, porque no conocemos ningun caso en que un heredero legítimo haya sido llamado á una posesion de bienes contraria al testamento (*contra tabulas bonorum possessio*), cuando este no podia tener otro efecto que producir la *bonorum possessio*.

(1) La historia del modo con que los jurisperitos modernos han considerado esta cuestion es tan curiosa como instructiva. No conozco, hasta ahora,

mas que á Giphanius que la haya dado una buena solucion, aunque no se haya ocupado de ella mas que incidentalmente *ad cod. T. Quando non patentium* (6, 10). Me cuesta trabajo creer que el único motivo porque todos los demas jurisperitos la han pasado en silencio, sea que les parecia demasiado fácil de resolver. Pufendorf (*obs.* 4, 76, §. 2) y Hofacker, en su primera obra elemental (*Instit.* §. 161), salen del paso diciendo que el heredero civil estaba obligado á probar contra el *bonorum possessor*: *eo casu jus strictum consuetudine abrogatum non esse*. Por consiguiente, segun ellos, no solamente no les suministraba esta cuestion la prueba de una máxima de derecho, lo que no tiene ejemplo, sino que ni aun les probaba el cambio de una de estas por una costumbre contraria. No tenia ningun conocimiento de tal opinion, que merece cuando menos el cargo de estar expresada con bastante poca destreza, cuando en la disertacion de *bonorum possessione* (Halle, 1788, in-1.^o), que sostuve para obtener el grado de doctor, intentaba resolver este problema, respecto al cual he tratado de demostrar despues (*Civilistisches Magazin*, tom. 1, p. 258) (90), que era inexcusable se hubiese hecho de él tan poca atencion. Con posterioridad, Höpfner, en la edicion sesta de su Comentario (s. 658, nota 2), y Koch en su *bonorum possessio* (1799, in-8.^o), obra que habia prometido mucho tiempo antes de pensar en este problema, tuvieron mas en cuenta la relacion de la herencia con la *bonorum possessio*, cuando se presentan á la vez, en el momento de abrirse la sucesion (véase los *Goetting. Gelehrte Anzeige*, año 1799, cuaderno 19). Weber, por el contrario ha sostenido en la séptima edicion del Comentario de Höpfner (véase *Goetting. Gelehrte Anzeige*, 1804, cuaderno 14), y en otra parte que mi observacion era una *questio Domitiana*, porque no habia entendido bien lo que dije en el *Civilistisches Magazin*, y creia que me limitaba á hablar de la cuestion de á quién se ofrecia desde luego la *bonorum possessio*, si al heredero civil ó á un individuo extraño á la familia. Seria imposible, en efecto, responder con exactitud á esta última cuestion (véase antes §. CCXIX); pero puede resolverse muy bien la que consiste en determinar si cuando la *bonorum possessio* se ofrecia desde luego al heredero civil, y despues á otra persona, y solo se presentaba esta última, se la adjudicaba ó no el caudal del finado; y *vice versa*, determinar quien era el que le obtenia, cuando el Edicto ofrecia la *bonorum possessio* primero á uno que no fuese heredero civil, y despues á este, y se presentaba solo el primero.

(2) Se encuentra esta expresion en Ulpiano (23, 6) é incidentalmente en otro lugar (26, 8). El mismo jurisperito la explica tambien en otra parte (28, 13), para hacer conocer la diferencia que hay entre ella y la *bonorum possessio sine re*. La encontramos tambien en Gayo, que la cita de paso (p. 91, linea 20), y que mas lejos insiste sobre ella (p. 134, lin. 7). Leemos igualmente en la *const.* 25. C. 3, 28, la palabra: *bonorum possessio cum re*; en el *fr.* 12. *pr.* D. 12, 28, 3, el *fr.* 84. D. 29, 2, y el *fr.* 2, §. 8. D. 38, 17 (18) *rem obtinere, rem auferre* y en el *fr.* 1, §. 8. D. 38, 6 (*fr.* 9. D. 38, 7) *rem habere*; pero en estos últimos no se habla precisamente de la *bonorum possessio*. Algunos jurisperitos modernos han referido la *bonorum possessio sine re* al caso en que uno se hubiese presentado equivocadamente para la *bonorum possessio*, ó á aquel en que antes de obtener la *bonorum possessio* habia obligacion de terminar la *inofficiosi querela* (s. 221, nota 2).

(3) Véase el *fr.* 10. D. 37, 6, en que se dice... *Filius in potestate... hereditatem retinet jure eo, quod bonorum possessionem petere possit*. Así es que en Zúichem, por ejemplo, se halla una distincion entre la *bonorum possessio necessaria*, es decir, aquella sin la cual era imposible disfrutar la herencia, y la *bonorum possessio utilis*, es decir, la que no es esencialmente indispensable

distincion que me hubiera abstenido de hacer, porque tiene el inconveniente de llamar al momento la atencion del lector sobre el *necarius heres*, ó sobre la *utilis actio*.

§. CCXXVIII. MISSIO IN POSSESSIONEM BONORUM.

Imitando á Cayo, Ulpiano y el testo de las Instituciones, no hablaré en este lugar de la *missio in possessionem* por sentencia (*decretum, quo quis mittitur in possessionem bonorum, ó in bonorum possessionem mittitur*) aunque el Edicto habla de ella precisamente aquí. En efecto, toda *missio in possessionem*, ya abraza todo el caudal de una persona muerta, ó de una persona que vive aun, ya una cosa determinada, pertenece al procedimiento civil, y no podemos ocuparnos de ella ahora (1).

Sin embargo, en la verdadera *bonorum possessio* que es tambien un modo de gozar de toda una fortuna, hay ciertos casos en que se trata de un *decreto* (*decretum*), en virtud del cual se obtiene este caudal (2), asi como de una colacion *causa cognita, ó pro tribunali* (3). A este caso es preciso referir una distincion de que no encontramos mas que un ejemplo en todo el Derecho romano; pero que se encuentra con mucha frecuencia en los jurisconsultos modernos, y usada aun mucho mas frecuentemente por estos (4), que la distincion entre la *bonorum possessio cum re* y *sine re*; hablo de la *bonorum possessio edictalis* y la *bonorum possessio decretalis*, que tiene verosimilmente alguna afinidad con las de acciones directas y útiles (5).

(1) Fr. 2, §. 11. D. 38, 17 (18). *Neque enim sufficit mitti in possessionem nisi natus quoque acceperit bonorum possessionem.*

(2) Fr. 4. D. 37, 8. *Decreto bonorum possessionem accipere, fr. 14. §. 1. D. 37, 4. Decreto petere bonorum possessionem.*

(3) Fr. 3, §. 8. D. 37, 1.

(4) Fr. 1, §. 7. D. 38, 9 (10).

(5) Fr. 1. D. 43, 18. Véase la Memoria de M. de Lochr sobre la *bonorum possessio decretalis*, en el Magazin de Grolman.

§. CCXXIX. Otros modos de adquirir una universalidad de bienes.

INST. 3, 12 (13). *De successione sublati, que fiabant per bonorum venditionem...*

DIG. 42, 6 (7). *De separationibus....*

Entre los modos de adquirir por título universal, además de la adquisicion por causa de muerte, se coloca, independientemente de aquellas de que se ha hablado antes (§. CXVII), la compra de bienes de un deudor (*bonorum emptio*) insolvente. Ocorre este caso cuando cualquier individuo hace ofertas ventajosas á los acreedores ó á su apoderado general (*magister*), es decir, les ofrece segun el importe de su crédito la menor pérdida posible. Es lo que se llama presentar la mejor *lex bonorum venditorum, creditoribus ejus qui plurimum servat* (1); en tal caso toma este individuo la cualidad de *sector* (véase antes, §. CXLIX) es decir, recibe todo el caudal del deudor. Los Romanos no pensaban que fuese contrario á la equidad que un adquirente de esta clase sacara algun provecho de la adquisicion, porque era enteramente imposible que en un negocio tan complicado, no consintiesen los acreedores en abandonar algo como equivalente del trabajo que se tomaba la justicia, ó un particular para terminarle. Importaba poco que la posesion asi abandonada cayese en manos de la justicia ó en las de un simple ciudadano. Sin embargo, es preciso notar que este conviene mejor para esta clase de negocios, y sus servicios son mucho menos dispendiosos que los de la justicia.

En caso semejante, si se trata de una sucesion, los acreedores de esta pueden exigir que se empiece pagándoles con el activo de la misma (*separatio*), y que no se devuelva á los acreedores del heredero, sino lo que sobre de ese activo, despues del reembolso íntegro de sus créditos.

(1) En Cic. de LL. 12, 19, y no de *creditoribus, c. 9. p. 1.*, segun la rectificacion de Savigny, en *Zeitschrift*, 11, p. 377.

PRIMERA SECCION.

DE LAS OBLIGACIONES.

§. CCXXX. OBLIGATIO.

Las obligaciones no son ahora tan rigorosas como otras veces (§. CLIX) (1), y hay muchas á que ha dado origen el derecho Pretoriano (§. CXIX, nota 1). No se pueden indicar ahora con separacion las acciones que se derivan de cada una de ellas; es preciso añadir cada accion al artículo de cada una de estas obligaciones en particular, como hacen Gayo y las Instituciones, porque ya en la época á que hemos llegado, empezaba á no haber *legis actio* que fuese aplicable simultáneamente á un gran número de negocios diferentes.

(1) Véase en el *Civilistisches Magazin*, tom. V, p. 134, la disertacion sobre el verdadero sentido de la ley PETILLIA PAPIRIA, por el consejero M. Schrader.

§. CCXXXI. Contratos.

I. Es muy probable que en la época á que hemos llegado, no se comprendieran bajo la denominacion general de contratos todos los casos en que una promesa puede enjendrar una accion contra el obligado, sino solamente aquellos respecto á los cuales se habia previsto formalmente esta consecuencia por el antiguo derecho. En efecto, el derecho Pretoriano dió origen á los *pactos* (*pacta*) en virtud de los cuales se puede intentar una accion, sin que dejen de llevar siempre el nombre de *pacta* aunque en el fondo produjesen el mismo efecto que los contratos en otro tiempo. El motivo ó la *causa* de un contrato (*causa*), es decir, lo que le hace producir una accion, lo que le hace perfecto, no se deriva únicamente, 1.º ya de una cosa ó de un hecho cualquiera cumplido por alguno de los contratantes (*res*); 2.º ya de un

compromiso verbal (*verba*); sino además 3.º ó de un acto escrito (*litteræ*), y 4.º ó de un simple consentimiento, expresado de cualquier modo (*solus consensus*). Los Romanos designan estos diversos modos por esta frase: *Aut RE contrahitur, aut VERBIS, aut LITTERIS, aut CONSENSU*; de donde han hecho derivar los modernos los nombres de *contractus reales, verbales, litterales y consensuales*. La diferencia que hay entre los antiguos y nuevos contratos (*civilia negotia et bonæ fidei negotia*) se hace sentir de un modo muy pronunciado en la doctrina que los jurisconsultos nos transmiten con motivo de las acciones, asi como con el de las excepciones, que eran el medio de desviar aquellas.

§. CCXXXII. 1.º Contratos perfectos por la cosa (RES).

DIG. 12, 1. *De rebus creditis*. 13, 6. *Commodati vel contra*. 7. *De pignoratitia actione*. 16, 3. *Depositum vel contra*.

1. Entre los contratos perfectos por la cosa, el mas importante de conocer es el *Préstamo de consumo*, llamado *mutui datio*, ó como se decia tambien, *mutuum rei creditæ*, que resulta de un préstamo, ya en dinero, como dice el Edicto, ya en moneda romana, como se expresa en la *lex de Galia cisalpina* (§. CXXII). La accion que se deriva de él tiene el nombre de *certi condictio* ó de *mutui actio*. A continuacion encontramos en el Edicto una doctrina de que no se habla ni en Gayo, ni en las Instituciones; la del *Juramento* (*jusjurandum*). Puede ser: 1.º voluntario (*voluntarium*) que se verifica cuando una parte, defiriendo en su juramento la contraria (*conditione delata*) ha jurado; y respecto á esto, habian erigido en principio los Romanos, que rehusar prestar el juramento defirido era confesar públicamente que no tenia razon en sus pretensiones; 2.º ó necesario (*necessarium*). El segundo de los contratos reales el *préstamo de uso* (*commodatum*) da motivo para hablar del dolo (*dolus*), de la falta (*culpa*), de

la diligencia (*diligentia*) y de la guarda (*custodia*) de que se trata en otro gran número de casos, de que tendremos motivo de tratar en lo sucesivo. Este último contrato produce, además de una *accion directa* (*directa commodatio*), una *accion contraria* (*contraria actio*). La negativa de un depósito solo obliga al depositario á restituir el doble, cuando se le ha confiado en un momento de desgracia. En este caso tambien la *accion directa* (*depositi actio*) puede dar lugar muchas veces á la *accion contraria*, por la parte contraria. La *prenda* (*pignus*) no autoriza siempre al acreedor que le ha recibido á vender el objeto empeñado, pero se encuentra frecuentemente reunido á la cláusula del contrato de venta llamada *lex commissoria*. La accion que se deriva de él (*pignoratitia*) es tambien *directa* ó *contraria* (*contra*). Estas dos especies de acciones se aplican ahora aun á los contratos *innominados* que solo se perfeccionaban por la entrega de cosa. Asi se puede perseguir y reclamar su ejecucion, ya por las acciones llamadas *præscriptis verbis* (expresion que se deriva acaso de *præscriptio*, de que se hablará mas adelante, y no *præscribere*, *prescrire*) ya por la accion personal cuando el que habia entregado por su parte alguna cosa, se arrepentia de haber obrado asi. Se designaban las acciones personales con el nombre general de *condictio*, término al cual encontramos reunido una vez el de *ob causam datorum*, y otra, lo cual es muy sorprendente, el de *causa data, causa non secuta*.

§. CCXXXIII. 2.º *Estipulaciones* (VERBA).

INST. 3, 16 (17). *De duabus reis stipulandi et promittendi*. 17 (18). *De stipulatione servorum*. 19 (20). *De inutilibus stipulationibus*. 20, 21. *De fidejussoribus*.

DIG. 45, 1. *De verborum obligationibus*.

2. Entre los contratos que se perfeccionan por las palabras (*verba*), se ven usadas muy frecuentemente las estipulaciones. Este término se nos presenta ahora, ya como sus-

tantivo, ya como verbo, precedido de una partícula, tales, son, por ejemplo, las palabras *instipulari* (*dolo malo*), y *restipulatio* (§. CCLVI y CCLXVIII), designacion que, segun Teófilo, lleva casi siempre el convenio verbal de una pena. Las estipulaciones como acabo de decir, son muy frecuentes, ya como actos distintos y particulares, ya como cláusulas propias para confirmar ó precisar mas un acto de otra naturaleza, como por ejemplo, un mútuo (*mutui datio*), una venta, etc. Debemos observar tambien que habia numerosos casos en que la autoridad pública obligaba á hacer una estipulacion; es lo que se llamaba *Prætoria stipulatio*, llamada tambien una vez *stipulatio tribunitia* (1). Aun habia casos en que un simple juez (*judex*) podia imponer tal obligacion (*Judicialis stipulatio*). El Edicto prescribia las fórmulas de estas clases de estipulaciones; pero solo tomaba este cuidado respecto á aquellas (2). El fin de todas era advertir á la parte obligada que intentase faltar á su compromiso, que en las fórmulas que habia pronunciado habia dado origen á una obligacion (*obligatio*). Es posible tambien, hasta cierto punto, clasificar aquí las especies de promesas llamadas *sponsiones*, que una parte demandada en juicio estaba precisada á hacer muchas veces á favor de la parte contraria, bajo cierta pena (3), y que eran completamente obligatorias, como lo he dicho antes al hablar del juramento; actos en una palabra que parece traen su origen de la primera de las *legis actiones*. Es tambien un caso muy notable de estipulacion, cuando hay por cada lado muchas personas interesadas en la cosa (*rei*) estipulada (*plures rei stipulandi*, ó *plures rei promittendi*); de modo que, en ellos se determina por los co-interesados, no el derecho de cada uno de ellos sobre la cosa, sino la duracion de este mismo derecho. Los plebiscitos (§. CLXXII) dados en favor de los *sponsores*, es decir, de los que habian respondido afirmativamente á la interrogacion de *idem spondes?* y en favor de los *fidepromissores*, ó en otros térmi-

nos de los que habian respondido afirmativamente á la pregunta de *idem fidepromittis?* parece que dieron origen á los *fidejussores*, es decir, los que se obligaban respondiendo á la pregunta de *idem fidejubes?* de que solo se hace mencion al fin del cuarto periodo. Ciertos casos, como por ejemplo, aquel en que habia respondido á la pregunta *idem dabis?* eran considerados aun como dudosos é inciertos. Una diferencia muy importante tambien entre estas diversas estipulaciones consistia en que los herederos del *fidejussor* eran fiadores de la estipulacion de su causante, mientras que los herederos del *sponsor* y del *fidepromissor* no lo eran. Estas tres especies de personas contratantes eran consideradas entre sí como *solidarias* (*plures rei promittendi*), es decir, que se podia demandar á la que se quisiese de ellas. La LEY PUBLILIA (4) da al *sponsor* demandado que paga el derecho de exigir por una accion llamada *depensi actio*, la restitucion duplicada de la suma que ha pagado. En la época de que hablamos, no se puede hacer depender jamás la irrevocabilidad de una estipulacion de la muerte de la parte que promete ó de aquella en cuyo favor se ha hecho la estipulacion; no se puede tampoco hacer que empiece la obligacion en el momento de la muerte (§. CVII); y aun en principio riguroso, no es permitido fijar una época como un modo de extinguirse la obligacion.

(1) ULP. 7, 3. Pero es preciso para esto suponer que el manuscrito es exacto aquí, porque es muy posible tambien que fuese el nombre de un magistrado.

(2) Por ejemplo, en el *Civilistisches Magazin*, tom. II, p. 442... *cam stipulationem, quam is qui Romæ inter peregrinos jus dicit, in albo propositam habet*, en el caso de *damni infecti cautio*.

(3) *Ibid.* p. 448. *Aut se sponsione judicioque, utive oportebit, non defendet*. Así habla Gayo de las *sponsiones* al tratar de los interdictos: á esto es preciso referir la expresion *sponsione aliquem lacessere*.

(4) GAJ. pág. 162, lin. 17.

§. CCXXXIV. DICTIO DOTIS, y juramento del liberto.

ULP. 6, 2.

GAJ Inst. A continuacion del *Theodosianus Codex* 2, 9.

§§. 3 y 4.

No se encuentra nada sobre el particular en Justiniano sino es COD. 5, 11, *de dotis (promissione et) nuda pollicitatione*.

La *dictio dotis* (palabra cuya inversion es admitida), si ocurría en la época de que hablamos, era una segunda especie de contrato verbal; pero que no podia ser válido sino entre ciertas personas, como la mujer, su padre y sus acreedores (1). En semejante caso no se necesitaba ni una pregunta preliminar ni una respuesta formal para la perfeccion del acto.

Casi nada sabemos de lo relativo á otra especie de contrato que llaman los modernos *promissio jurata operarum liberti*.

(1) Hay ciertamente una alteracion en este punto en Ulpiano, porque no solamente no se podria aplicar aquí el término de *institutus*, pero ni aun el pasaje está en armonia con la definicion que se lee inmediatamente despues (11, 2).

§. CCXXXV. 3.º Contratos literales (LITTERÆ).

GAJ Inst. p. 162, lin. 19; p. 163, lin. 21.

GAJUS á continuacion del *Theodosianus Codex*, 2, 9, §. 12.

INST. 3, 21 (22). *De litterarum obligatione*, y sobre este punto TEOFILO, edicion de Fabrot.

3. Los contratos literales se dividian en dos clases, segun sabemos por el manuscrito de Gayo; *transcriptium nomen* (palabra que no tiene en este caso la misma acepcion que en el §. CIX, sino que equivale á la nuestra de *folium*), y *arcarium nomen*. El primero de ellos supone una nueva obligacion, hija de un convenio escrito anterior, y que cambia ya la cosa (*a re in personam*), ya la persona del acreedor (*a persona in personam*); el segundo es, por el contrario, mas bien que una obligacion nueva, una prueba á favor de una obligacion anterior contraida de viva voz. Se habla de los *singraphæ* y *chirographæ*, como tambien de las *litterarum obligationes* de los extranjeros. Los *transcriptitia nomina* eran verosíblemente exclusivos de los Romanos.

§. CCXXXVI. 4.º Contratos consensuales (solo consensu).

INST. 3, 22 (23). *De consensu obligation.* 23 (24). *De emtione et venditione.* 24 (25). *De locatione et conductione.* 25 (26). *De societate.* 26 (27). *De mandato.*

DIG. 17, 1. *Mandati vel contra.* 2. *Pro socio.* 18. *De contrahenda emtione,* etc. 5. *De periculo et commodo rei venditæ.* 19, 2. *Locati conducti.*

4. Empezaron los contratos consensuales en la época cuya historia referimos. Aun eran la principal fuente de las obligaciones; y luego que, á causa del engrandecimiento de la república, ocurría que los ciudadanos romanos se encontraban á grandes distancias los unos de los otros, se podían celebrar entre ausentes por cartas ó por medio de un correo. Una multitud de pasajes de Ciceron (1) atestiguan que existían en la época á que hemos llegado. Consta además su existencia por la inscripción de Heraclea, en que están citados expresamente los dos contratos de esta naturaleza, que se refieren los últimos en las Instituciones (§. XI), y que son los primeros en el Edicto. Lo que demuestra también que no hacia mucho tiempo que existían en esta época, es, por una parte, que las palabras *emere*, *vendere* (*venum dare*), *locare*, *conducere*, *societatem coire*, *mandare*, empleadas en la composición del nombre de estos contratos, no son relativas á simples estipulaciones verbales; y por otra, que solo uno de ellos termina en *UM* (*mandatum*), como los antiguos, al paso que los otros cuatro tienen la nueva terminación en *IO*; verdad es que aun se conservaba la antigua en el nombre de la acción que producían estos cuatro contratos (*actio empti*, *mandati*, etc.)

No era condición esencial de la venta, como nos enseña una expresión proverbial referida antes (§. CLXXXV, nota 3), que se desembolsase una suma de dinero, y, por consiguiente, no había entre ella y la permuta una dife-

rencia tan marcada como la que hubo en lo sucesivo. De lo que se dice incidentalmente con este motivo, que la venta está perfecta desde que convienen las partes, no es posible deducir cómo es constante que esta regla existiera ya con anterioridad, pero sí que nació durante el segundo período. Las medidas de policía relativas al caso en que se puede solicitar la nulidad de la venta (*redhibitio*) (2), en razón á la mala calidad de las cosas vendidas, tenían el nombre particular de *Edictum Edilium*. La acción que nace de la venta, se llama para una parte *actio empti*, y para otra *actio venditi*.

El arrendamiento (*locatio et conductio*) era un contrato cuya doctrina se unía á la del anterior mas íntimamente que en lo sucesivo (3). Abrazaba un gran número de objetos diferentes: ya tenía por fin el derecho de gozar (*uti et frui*) de un inmueble, particularmente de los que pertenecían á la república (§. CCI), de los trabajos de un esclavo ú hombre libre (*opus*), ya, por ejemplo, de reparar la techumbre (*sarta tecta*), ú otras cosas semejantes (4). El goce del objeto arrendado podía trasmitirse á los herederos. Las Instituciones no hablan una palabra de la *opus*. La acción se llamaba *locati* para el que arrendaba, y *conducti* para el que tomaba en arrendamiento.

La sociedad (*societas*) era un contrato muy frecuente, sobre todo entre los Publicanos, mas poco favorecido aun por las leyes; sin embargo, la condena de un asociado le infamaba. Llamábase á la acción derivada de este contrato, *actio pro socio*.

El mandato (*mandatum*), considerado como sustitución ó reemplazo de una persona por otra, era mucho menos frecuente que otras veces, porque había multitud de casos en que no se necesitaba absolutamente obrar personalmente ó por medio de individuos con quienes se estaba en relaciones constantes. No se consideraba el depósito (*depositum*) (§. CCXXXII) como una especie de mandato (*mandatum*) (2). No se había decidido todavía perfectamente

hasta qué punto sería extensiva á los herederos la accion derivada de él (6). La condena del mandatario le infamaba tambien (7). El mandato producía dos acciones; la *actio mandati directa* que se intentaba por el mandante (*mandator*), y la *actio contraria* que se entablaba por la otra parte, tal vez por la que llamamos hoy *mandatario* (*mandatarius*), segun parece que lo indica el título de las Instituciones, aunque no sea fácil conciliar esta circunstancia con la de que recaía infamia en el mandatario condenado á consecuencia de la accion directa.

Estas dos especies de contratos tienen de comun, además de su cualidad de consensuales, que ninguna de las partes contratantes está obligada sola y de un modo positivo, mas que en cuanto ha denunciado á las otras su contrato.

(1) Se habla tambien en el pasaje de Ciceron (*de nat. Deor.* 3, 30) que he citado con motivo de la ley *PRÆTORIA* de las acciones *mandati* y *pro socio* entre las de *tutela* y *fiducia*, y despues de las de *ex emto*, *aut vendito*, *aut conducto*, *aut locato*.

(2) *Redhibere* corresponde á *exhibere* en los escritos de los juriconsultos romanos, y á *habere* en Plauto. Los primeros la usan cuando hablan del comprador, y Plauto cuando habla del vendedor.

(3) Festo dice que la *locatio fundi publici* tenía el nombre de *emtio*. Ha quedado la palabra *redemptor operis*.

(4) Plauto dice tambien *argentum locare* (*Most.* 3, 1, v. 4), hablando de los impuestos, palabras que no tienen la misma significacion que las de *pecuniam locare*, que Scheller ha creído sinónimas. Gibbon da el mismo significado á las palabras *argentum locare*, aunque verosimilmente no le haya movido á ello la autoridad de Plauto.

(5) El haberse introducido bastante tarde en el derecho romano el mandato (*mandatum*), hizo indudablemente que el depósito (*depositum*), y hasta cierto punto la prenda (*pignus*), no se considerasen como especies de él, aun respecto á la pena en que podía incurrirse.

(6) *AUCTOR ad Herenn.* 2, 13.

(7) Tenemos una prueba de ello, lo mismo que para la sociedad, en los fragmentos encontrados en Heraclea (*Civilistisches Magazin*, tom. III, p. 376). Pero no es esencial que el condenado haya incurrido en dolo antes de la demanda. Ciceron (*pro Rosc. Amer.* 39) coloca, en efecto, la negligencia entre las causas que pueden hacer recaer sobre él una condena criminal. Es preciso, pues, que esta negligencia sea una especie de dolo, para que pueda ser considerada como circunstancia capaz de producir aquella.

§. CCXXXVII. QUASI EX CONTRACTU.

DIG. 3, 5, y por consiguiente en un caso particular, *de negotiis gestis.* 14 2. *De lege Rhodia de jactu.*

Las obligaciones que nacen de un cuasi contrato (*obligationes quasi ex contractu*) eran en esta época tres: 1.º la gestion de negocios (*negotia gerere*), de donde resultaban la *directa* y la *contraria negotiorum gestorun actio*; 2.º la administracion de una cosa comun (*rem communem administrare*); 3.º el pago de lo indebido (*indebiti solutio*). Cuando se trataba de una tutela la condenacion envolvia tambien la pena de infamia. Ignoramos por qué no se colocaba en la misma clase el caso de la *litis contestatio*, sobre todo cuando se duplicaba por el retraso el valor del objeto demandado (*lis inficiendo crescit in duplum*) (1); así como otros muchos, como por ejemplo, el de la aplicacion de la *LEY RODIA de jactu*, las obligaciones que llaman los modernos *pacta legitima* y *prætoria*, especialmente la llamada *constituta pecunia*; finalmente, todas las hipótesis que producian las acciones *Paulliana*, *Faviana*, *Calvisiana*.

(1) No se ha explicado todavía, por qué no podía exigirse en este caso la restitucion de un *indebitum solutum* (§. CLXXXV, nota 3).

§. CCXXXVIII. Estincion de una obligacion.

DIG. 46, 2. *De novationibus et delegationibus.* 3. *De solutionibus et liberationibus.* 4. *De acceptilatione.*

Ni Gayo ni las Instituciones dividen las obligaciones, como se hace hoy en unas que se estinguen por sí (*ipso jure*), y otras que acaban por una escepcion (*exceptio*), lo que solo sucede en casos particulares: hacen una simple mencion del primero de estos dos modos. Así es que citan, por ejemplo, la aceptilacion (*acceptilatio*): no era rigurosamente necesaria en este acto la estipulacion de un tér-

mino ó condicion, aunque las mas veces se sobreentendiese esta y naciera de la misma naturaleza del acto. No es muy fácil reconocer en qué se fundaba esta última circunstancia; porque sabemos que la estipulacion, por el contrario, estaba sometida á restricciones de esta clase. Finalmente, de que la aceptilacion fuese un modo particular de estincion, aplicable solamente á la estipulacion, no se puede deducir que no hubiera un modo general de extinguirse todas las obligaciones, y que cada una debia cesar precisamente del mismo modo que habia nacido. En efecto, una obligacion consensual se rompía por el consentimiento contrario (*contrarius consensus*) á que se llamaba tambien algunas veces *dissensus contrarius*, y hoy llaman los modernos *mutuus dissensus*. El contrato que se celebraba *per aes et libram*, y el llamado *judicati causa*, acababan ambos por el pago *per aes et libram (solutio)*. Finalmente, Gayo cita la novacion (*novatio*) como la consecuencia natural muchas veces de una obligacion verbal (*verborum obligatio*) entre las mismas personas (1). Servio Sulpicio nos enseña que una obligacion condicional no podia siempre en este caso disolver la ~~obligacion~~ (2): la disolucion se efectuaba por medio de una nueva obligacion pura, y cuando á una útil sustituía otra inútil (3). Citaremos tambien entre los modos de extinguirse la litis contestacion (*litis contestatio*), en una accion legitima (*legitimum iudicium*), conforme á la regla siguiente que hubiera debido colocarse antes (§. CLXXXV, nota 3): *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere* (4). Es indudable que se empezó á invocar en esta época como causa de nulidad de una obligacion el olvido fortuito de designar la cosa de que se declaraba deudor, como tambien la concurrencia de dos obligaciones gratuitas (§. CLXXXV, nota 3).

(1) *Civillistisches Magazin*, tom. II, p. 427.

(2) *GAJ.* Pág. 175, lin. 1.

(3) *s. 2. Inst.* 3, 29 (50).

(4) *GAJ.* Pág. 175, lin. 15 y siguientes.

§. CCXXXIX. *Delitos contra el derecho de un particular.*

INST. 4, 3. *De lege Aquilia.*

DIG. 9, 2. *Ad legem Aquiliam.*

II. Las cuatro clases de delitos de que hablan los juriconsultos posteriores, están citados ya por los del período segundo, á saber:

1.º El robo (*furtum*) con la modificacion de que el manifiesto se castigaba con la restitucion del cuádruplo, y se habla de dos especies de robos llamados el uno *prohibitum furtum* y el otro *non exhibitum furtum*.

2.º La rapiña (*rapina*) que daba origen á la *vi bonorum raptorum actio*.

3.º El daño (*damnum injuria datum*) castigado por la LEY AQUILIA. En este caso debia restituirse el valor de la cosa un año ó un mes antes del accidente (1), como si el culpable hubiese sido condenado ya (*damnas esto*). En una de estas mismas épocas, se recurría de un modo especial, ya á la accion llamada *in duplum actio contra inficiantem* ya á la *noxæ deditio*, cuando el culpable estaba sometido al poder (*jus*) de otro.

4.º La injuria ó ultraje (*injuria contumelia*) con pago del daño causado, segun las circunstancias. Se llamaba la *injuriarum actio*.

Las obligaciones hijas de un cuasi-delito (*obligatio quasi ex delicto*), eran muy numerosas; como por ejemplo, la mala sentencia de un juez (*si iudex litem suam fecerit*), el deterioro causado por un objeto arrojado ó derramado sobre uno (*effusum vel dejectum*), finalmente, la responsabilidad del robo de un objeto confiado á un posadero, etc. (*receptum*). Se podria colocar tambien en esta clase el caso en que un medidor hubiese equivocado la medida (*si mensur falsum modum dixerit*); pero era preciso que fuese la equivocacion muy grosera. Podrian clasificarse entre ellas por último,