

## CAPITULO III.

EL DERECHO ROMANO CONSIDERADO EN SI MISMO AL FIN DE ESTE PERIODO.

§. CCCXXXVI. *El derecho de las Pandectas.*

El derecho romano vigente al fin de este período se llama frecuentemente *Derecho de las Pandectas*, por oposicion al derecho del Código y las Novelas, aunque el conjunto del derecho romano, tal como se explica en los cursos públicos, merece con mas frecuencia este nombre (1). El verdadero derecho de las Pandectas, el que debe llevar este epíteto en realidad, necesitaría acaso ser objeto de una cátedra especial, ó al menos, es de seguro de bastante importancia para que se le dedique una obra especial (2). En su consecuencia, no he podido menos de concederle aquí un lugar, aunque no haya hecho mérito de él en la historia de las fuentes, y por otra parte me vea precisado á convenir en que la exposicion de la diferencia entre este derecho y el que habia al fin del período anterior, debe, conforme al principio establecido en el §. CLXXXVIII, corresponder mas bien á la historia de los detalles de que no he querido ocuparme que á la de las doctrinas y principios generales.

(1) *Civilistisches Magazin*, tom. I, pág. 512 (suprimido en la segunda edicion).

(2) Hay un ligero ensayo, pero imperfecto á todas luces, y hoy mas que nunca, en la obra titulada: *Lehrbuch und Crestomathie des classischen Pandectenrechts, zu exegetischen Vorlesungen*, es decir, *Manual y Chrestomathia del derecho clásico de las Pandectas, para texto de lecciones criticas*, 1 volumen, 1790. Un curso sobre la obra de Gayo llenaría mucho mejor este objeto actualmente.

## DERECHO CIVIL.

§. CCCXXXVII. *Fuentes.*

Es necesario observar que Gayo habla de la doctrina de *justicia et jure*. Nada dice tampoco de la distincion tomada de la filosofía griega entre el *derecho natural* (*Jus naturale* y no *Jus naturæ*) que se definía *quod natura omnia animalia docuit*, y el *derecho de gente* (*Jus gentium*) que se definía *quod naturalis ratio apud omnes homines constituit*, ó como se dice otras veces, *quod apud omnes populos, qui legibus et moribus reguntur, peræque constituit*. Esta distincion no impedia siempre que se reuniesen ambos derechos de un modo colectivo bajo el nombre de *Æquitas*, por oposicion al derecho civil (*Jus civile*).

Los jurisconsultos de este período hablan de las fuentes del derecho positivo lo mismo que los del anterior. Ninguno de ellos usa la palabra *leges* para reemplazar á la de *jus* en general (1). Aparecen como una nueva fuente las constituciones imperiales, entre las cuales no obstante las llamadas *personales* (*personales*), no están destinadas á establecer una nueva doctrina general de derecho, sino cuando mas para servir de comentario ó apéndice á una doctrina ya establecida.

(1) Tácito (*Ann.* 4, 58) alaba, es verdad la *legum peritia*; pero cuando Gayo usa dos veces seguidas y al hablar de una fuente de derecho, de esta locucion, *vis legis obtinet*, la palabra *lex* tiene una significacion enteramente distinta.

## PRIMERA SECCION.

## DE LAS PERSONAS.

## A. DIFERENCIA ENTRE LAS PERSONAS LIBRES Y LOS ESCLAVOS.

## §. CCCXXXVIII.

La diferencia de los hombres libres y esclavos no estaba establecida de un modo tan terminante como otras veces, porque sobre unos y otros pesaba la autoridad superior del Emperador, y los hombres libres no tenían ninguna participacion en el poder legislativo. Hay esclavos exentos de la obligacion de servir (*servire*) (1). El *SENATUS-CONSULTUM CLAUDIANUM* (2) (§. CCC) establece dos nuevas causas de servidumbre; la ingratitud del liberto con su patrón ó la venta voluntaria que de sí haga un individuo mayor de 20 años para defraudar al comprador (*pretii participandi causa y ad actum gerendum*) (§. CCCIX). Bajo un concepto es mas difícil que se acabe la servidumbre (§. CCXCIII); pero bajo otro ha llegado á ser mas fácil (§. CCC) en cuanto no exige las formalidades de la manumision. Ha caido en desuso la manumision por censo (3). Entre los modos de manumitir que Teófilo llama *puramente naturales*, se coloca el de manumitir por *carta*.

Se restablece la antigua distincion entre los injénuos y libertos, y desempeña un gran papel en muchos casos, por ejemplo, respecto al matrimonio y al *jus liberorum*. Para castigar á un individuo se le puede hacer bajar hasta la clase de libertos, ó en premio elevarle á la de injénuo (*jus aureorum annulorum*); pero en ningun caso puede adquirir el liberto la cualidad y derechos concedidos á un injénuo. No puede aspirar á ello ni con ayuda de un pleito fijado (§. CCCII) ni por un acto capaz de producir este efecto de un modo indirecto como la adopcion.

(1) El fragmento conservado por Dositeo (s. 14), no cita mas que á los manumitidos por un individuo no ciudadano romano.

(2) PAUL. *Sent.* 2, 2. A. *De mulieribus, quæ se servis alienis junxerint, vel*

*ad SC. Claudianum.* THEOD. COD. Ep. 4, 9, *ad SC. Claudianum.* Falta este doble título en muchos manuscritos, aunque en el último hay una interpretacion dada á este Senado-consulta por los visigodos.

(3) ULP. 1, 8. Es notable el pasaje, porque se distingue en él el derecho abolido del vigente. *Censu manumittebantur olim....* Gayo y el juriconsulto anónimo de que habla Dositeo, no hablan de este particular. Hablan del Censo, no como de una institucion que existiera en su tiempo, sino que podia reaparecer un dia, lo mismo que un Plebiscito.

## DERECHO DE CIUDAD.

## §. CCCXXXIX.

Los juriconsultos tratan al hablar de los libertos de la diferencia que habia entre los ciudadanos Romanos propiamente dichos, los Latinos, ó al menos los que habian obtenido su título de la LEY JUNIA NORBANA, y los extranjeros, al menos los designados con el nombre de *Dediticios*. Es mas que probable que hubiera en esta época Latinos que hubiesen nacido libres, ya fuesen *Latini Colonarii* (1) ó hijos de los *Latini Juniani*; ademas que habia diferencias entre los extranjeros respecto al goce de ciertos derechos. Un Latino puede continuar adquiriendo en su totalidad el derecho de ciudad (*Jus Quiritium*) de diferentes modos (2).

El fisco puede ser considerado como una persona jurídica.

(1) El juriconsulto anónimo conservado por Dositeo, es verdad que no habla, al parecer (s. 6), mas que de los *Latini Colonarii* de los tiempos antiguos; pero no cabe duda en que su intencion fuera solamente decir que solo en otro tiempo se fundaban colonias de libertos (estas palabras son exactas), llamadas *Colonias Latinas*. Gayo se expresa en los mismos términos (pág. 35, lin. 2 y 3). Ulpiano dice lo mismo (19, 4) de los *Latini Colonarii*, pero como de una institucion que existia aun.

(2) Véase en Ulpiano el título 3.º *Integro de Latinis*.

## B. DIFERENCIA ENTRE LOS QUE EJERCEN DERECHOS PARA SÍ Y LOS QUE LOS EJERCEN PARA OTROS.

## §. CCCXL. POTESTAS. 1.º Sobre los esclavos.

La autoridad de los dueños sobre los esclavos está limitada jurídicamente. El esclavo podia invocar la ayuda de la autoridad en muchos casos, como en el de maltrato, ó en el que se le hubiera querido precisar á

prostituirse públicamente, é indudablemente tambien en el de retencion arbitraria de su peculio (1).

(1) La *Const. 3. Th. C. ep. 4, 8*, en que se dice que un esclavo puede librarse poniendo otro en su lugar (*vicarii traditio servuli*), ó por abandono de un peculio (*peculii assignatio*), es del tiempo de Constantino; pero los derechos de peculio parece que son de una época muy anterior.

§. CCCXLI. 2.º *Sobre los FILII FAMILIAS. Origen de este poder por el matrimonio.*

Se multiplican las disposiciones destinadas á evitar los abusos de la patria potestad.

Puede nacer esta del matrimonio, pero no del concubinato.

Se han modificado los impedimentos del matrimonio en cuanto no es ya uno de ellos el parentesco en tercer grado. Es imposible decidir si la condicion de liberto ó la mala conducta de una mujer eran un impedimento, como tampoco si se destruian (§. CCXCV) los efectos civiles del matrimonio (*connubium*) por el principio de que el matrimonio de una mujer mayor de 50 años con un hombre mas jóven que ella, se consideraba como desigual (*impar matrimonium*), insuficiente para eximir de las penas contra el celibato. Pero lo indudable es que no producía sus efectos el matrimonio cuando un tutor se casaba con su pupila antes de rendir cuentas, ó un magistrado de una provincia con una mujer de ella. El matrimonio de los extranjeros que no gozaban del derecho de ciudad, no producía efectos civiles. Todos estos impedimentos, menos el de un parentesco demasiado próximo, podían ser dispensados por el Emperador, que tenía tambien la facultad de eximir de las penas establecidas contra el celibato. Cuando el matrimonio no podia efectuarse, se autorizaba muchas veces el concubinato; pero siempre que era posible el matrimonio, es preciso un permiso especial para poder vivir en concubinato, ó al menos una declaracion pública asegurando que no hay ni matrimonio ni adulterio entre las partes.

Continúa subsistiendo el divorcio por la voluntad de cada uno de los esposos separadamente: solo una liberta casada con su patrono no puede separarse de él contra su voluntad. El esposo culpable pierde una parte de su dote, con cuyo motivo habla Ulpiano en esta ocasion del régimen dotal.

§. CCCXLII. *Origen de la patria potestad por la adopcion y por CAUSAM PROBARE.*

Hallamos ahora un nuevo modo de arrogacion aplicable á los impúberes (*arrogatio impuberis*), y una nueva forma de adopcion (*adoptio ex tribus maribus*) que produce efectos particulares. Se recomiendan mas severas precauciones contra las adopciones fingidas. La adopcion no puede producir en ningun caso á favor del adoptado los derechos de los ciudadanos ingénuos (1).

La patria potestad puede nacer asimismo de la prueba que dé el hijo (*causam probare*) en el caso de disputarse la existencia del matrimonio, y algunas veces en otros (2).

Finalmente, se puede adquirir la patria potestad, y aun con ella el derecho de ciudadanía, así como los efectos civiles del matrimonio (*connubium*) respecto á la madre.

(1) Aulo Gelio (5, 19) refiere este principio siguiendo á Sabino, como un argumento contra la posibilidad de que un ingénuo adopte á un liberto ó á un esclavo.

(2) ULP. 3, 5.

§. CCCXLIII. II. *MAMUS* y III. *MANCIPIUM. Fin de la POTESTAS. MANUS y MANCIPIUM.*

El poder marital (*manus*) no se puede adquirir ya por el uso (*usus*). Hasta es raro que nazca de la *Coemption*; finalmente, casi nunca nace de la *Confarreacion*, sino entre personas revestidas de algunos cargos religiosos (1). Siendo indudable su poco uso, es extraño que los jurisconsultos de este periodo hagan de ella tan frecuentemente mérito.

Nada nos anuncia que el *mancipium* haya experimen-

tado ningun cambio. No era lícito maltratar á la persona á quien se tenia *in mancipium*, y los Proculeyanos exigian que al abandono del hijo en reparacion del daño causado por él (*noxæ dare*) precediera la triple emancipacion hecha por el padre, y que no se usaba en estos casos en otro tiempo.

Nada habia cambiado en la manera de concluir los modos de estar sometido al poder de otro.

(1) Gayo (pág. 28, lin. 23 y sigs.) cita entre ellos á los Flamines superiores (*Flamines majores*), es decir, el gran sacerdote de Júpiter (*Flamen Dialis*), el de Marte (*Martialis*), el de Quirino (*Quirinalis*), y además el Rey de los Sacrificios (*Rex Sacrorum*). Ulpiano (9) no habla mas que de la *in manum conventio*.

#### C. TUTELA Y CURADURÍA.

##### §. CCCXLIV. Tutela.

Las hijas de ingenuos están ya exentas de la tutela de los agnados, tan pesada para ellas, y las romanas que tienen hijos están exentas de toda clase de tutela. No es verosímil, sin embargo, que en ésta época fuera hábil la madre para ejercer la tutela de sus hijos (1).

La tutela testamentaria habia sido objeto de disputas en cuanto querían los Proculeyanos para la validez del nombramiento de tutor que precediera en el testamento antes de la institucion de heredero (2). Finalmente, solo se ocuparon en perfeccionar la tutela dativa, ó sea la dada por la autoridad pública. Se habia recurrido muchas veces á esta tutela, aun cuando se tratase de un objeto particular (*tutor ad rem*). Las excusas, fianzas y confirmaciones de los tutores eran de un uso frecuente, y se habia establecido que siempre que las autoridades municipales se mezclasen en una de las materias relativas á la tutela, pesaría sobre ellas toda la responsabilidad de las consecuencias.

Cesaba la tutela de los individuos del sexo masculino cuando habian llegado á la pubertad. En tiempo de Ulpiano estaban discordes las opiniones acerca de la edad en que acontece esta gran revolucion física. Casio y sus dis-

cípulos, partidarios todos de la escuela de Capiton, permanecian fieles á la antigua opinion de que varía esta época segun la constitucion física de cada individuo, de modo que Gayo habla solo de la edad de 14 años para los hombres, con motivo del testamento. Próculo y sus discípulos, que formaban la escuela de Labeon, adoptaban por el contrario la opinion de los naturalistas griegos, que eran entonces mejor conocidos de los Romanos; es decir, hacian comenzar la pubertad al cumplir el segundo período de siete años, el *segundo septenario* (3). Un jurisconsulto que tenia por sobrenombre el de Prisco, ya fuese el Proculeyano Neracio, ya por el contrario el Casiano Javoleno, adoptó un término medio entre ambos medios, opinando que ni debia atenderse al desarrollo físico haciendo abstraccion de los años, ni al número de estos haciendo abstraccion de la mayor ó menor madurez de sus facultades. Esta cuestion no era del número de aquellas á que puso fin Adriano; sin embargo, era de fácil decision, porque los principios de la política no eran mas susceptibles de influir en su decision que las máximas invariables de la equidad. No se habia fijado la opinion en este punto por las *Responsa* de los jurisconsultos, y en la época en que estaban las sectas en todo su esplendor se habia intentado introducir una tercera hipótesis enteramente distinta de las dos primeras. Es sensible que los jurisconsultos que por razon de sus empleos ejercian tan grande influencia en la legislacion, no usaran de ella para hacer prevalecer su opinion particular sobre este punto. Ulpiano mismo no se explica acerca de él. Es verosímil que no hubiera mejor inteligencia respecto al lapso de siete años fijado para determinar el tiempo que duraba la infancia (*infantia*), á cuyo término podia obrar con la *autorizacion* (*auctoritas*) de su tutor.

(1) Véase el *fr. ult. D. 26, 1*. Neratio habla en este lugar de la capacidad de las mujeres para ser tutoras, como de un favor especial concedido á las mismas en su tiempo. Se puede oponer á esta asercion el silencio de Gayo y Ulpiano, y la negativa formal del emperador Alejandro en la *Const. 1. C. 5, 35*.

(2) GAYO, pág. 113, lin. 14, al hablar de los legados, trata también del nombramiento de tutor hecho en testamento.

(3) PLUT. *Pl. Phil.* 5, 24.

### §. CCCXLV. Curaduría.

La curaduría era más frecuente aun en esta época que antes, porque solo el Emperador tenía el derecho de dispensar á un individuo menor de 25 años (*minor XXV annis*) de la curaduría; dispensa nombrada *venia ætatis*, palabras cuya inversión era admitida (1). De ahí no se deduce, sin embargo, que todo hombre *sui juris* tuviese necesidad de curador, porque se concibe fácilmente, por ejemplo, que el que había llegado á ser *sui juris* después de cumplir la edad de la pubertad, y jamás había tenido tutor, podía encontrarse en tal posición que nadie tuviese interés ni pensamiento de hacerle dar un curador.

(1) El *fr. 3. pr. D. 4, 4*, dice que toda autoridad distinta que se abrogase esta autoridad, obraría *ambitiose*.

### §. CCCXLVI. D. Diferencia entre las personas, derivada de la ley JULIA y PAPPÆA POPPÆA.

ULP. 13, de *cela (cæliba)*, *orbo et solitario patre*; 14, de *pœna legis Juliæ*; 15, de *decimis*; 16, de *solidi capacitæ inter virum et uxorem*, y casos en que el matrimonio no sirve de nada; 17, de *caducis*; 18, *qui habeant jus antiquum in caducis*.

Parece que Gayo no considera como una cuarta diferencia entre las personas la que nació después de la ley JULIA y PAPPÆA POPPÆA, no tiene nada de común con la *capitis diminutio (capitis diminutio)*, y de la cual no hay vestigios en el derecho de Justiniano. Ulpiano estableció esta distinción; pero la parte de su obra relativa á esta materia ha llegado á nuestras manos mutiladísima, y es evidente además que no está en el lugar que debe ocupar. A pesar de su imperfección, trata primeramente de los matrimonios no adecuados después del plazo fijado entre el segundo matrimonio y el primero disuelto por el di-

vorcio (*vacatio*); más adelante del derecho del 10 ó 20 por 100 que percibe un esposo de lo que le ha dejado su cónyuge, y que hubiera debido recoger íntegramente en cualquiera otro caso, derecho que puede acumular al tercio de la totalidad de bienes de este cónyuge, ya en plena propiedad, ya en usufructo solamente. Ulpiano, cuando habla de la dote, se ocupa también de los diversos casos en que uno de los esposos puede hacer suyo todo lo que el otro le ha dejado, y de aquellos en que no recibe nada; examina asimismo la doctrina del *caducum* en provecho del fisco, y la compara con el *Jus antiquum* de los *liberi et parentes*, que Antonino (Caracalla) había conservado, y de que habla Ulpiano en su título 18, después de haber anunciado en el 17 que estaba vigente este derecho. Nada se encuentra relativo á los derechos del padre de un solo hijo (*solitarius pater*).

## SEGUNDA SECCION.

### DE LAS COSAS.

### §. CCCXLVII. Servidumbres.

No había ocurrido ningún cambio, al menos nos es desconocido, entre las diversas especies de cosas: Están mucho más citadas entre las incorporales las servidumbres, y en particular el usufructo. Se establece que jamás pueda nacer este de sí mismo; pero sucede con frecuencia que ciertas personas no puedan disponer más que de él por testamento. De ahí trae origen la doctrina del usufructo de las cosas que se consumen con el uso, y la que prohíbe eximir al usufructuario en el testamento de la obligación de prestar fianza para garantizar esta clase de usufructo, que sin ella se convertiría en plena propiedad. La LEY FALCIDIA había producido este resultado en las disposiciones aplicables á los herederos en general, y en las particulares para ciertos próximos parientes, como tam-

bien el conjunto de disposiciones de las dos partes de la LEY JULIA, la de *vicesima* y la *caducaria*.

§. CCCXLVIII. MANCIPI RES.

Habia en esta época, según la interpretación dada por algunos jurisconsultos á la LEY JULIA de *fundo dotali*, una diferencia mucho mas marcada que antes entre los inmuebles de Italia y los de las provincias; los últimos no sometidos al Censo y los otros á una operación que hasta cierto punto tenia cierta analogía con el Censo. En el curso del tercer período encontramos establecida la distinción entre los *stipendiaria* y los *tributaria pradia* (§. CCLXXVI, nota 2).

§. CCCXLIX. Adquisición de la propiedad.

No habia sido modificada esencialmente la antigua distinción de bienes adquiridos *ex jure Quiritium* ó solamente *in bonis*, y las diversas maneras de adquirir estas especies de propiedad. Al menos no conocemos otra modificación que la que tendia á establecer que la simple posesión *in bonis*, ó la sola posesión de buena fé (*bona fide possidere*), podia ya dar derecho á intentar una acción contra un tercer poseedor (§. CCVI).

Respecto á los diversos modos naturales de adquirir la propiedad, se suscita la cuestión de si basta herir la fiera ó se exige además que se la persiga para tener el derecho de apropiársela. Se agita asimismo otra en cuanto á la especificación ó confección de una nueva especie (*species*) con la cosa de otro; tiene por objeto determinar quién deberá ser propietario de la nueva especie si el dueño de la materia ó el que la dió la forma. Los partidarios del antiguo derecho rigoroso, designados esta vez con el nombre de Sabinianos, se decidían á favor del primero, al paso que los filósofos ó los jurisconsultos sectarios de las nuevas doctrinas se decidían por el último, y otros sostenían que debía decidirse, atendiendo á la posibilidad ó imposibilidad

de volver á la cosa trabajada su primitiva forma. Así vemos reaparecer en este punto la misma disparidad de opiniones de que vimos un ejemplo en otro lugar (§. CCCXLIII).

La mancipación era entre los modos de adquirir la propiedad romana de un uso diario (1), y parece que se requería en ella la presencia del *antestatus*. Se desechaba al parecer la opinión de que pudiera adquirirse por medio de la usucapion el derecho de suceder (2), y por otra parte se limitaba al heredero necesario (*necessarius heres*) la facultad de adquirir las cosas hereditarias por medio de la usucapion en cualidad de heredero (*pro herede usucapio*). Solo se recuerda la máxima: *nemo sibi causam possessionis mutare potest*, para advertir que se abstengan de hacer de ella una falsa aplicación. La especie de usucapion llamada uso de un año (*usu receptio*) ocurría cuando habia habido un contrato fiduciario (*fiducia*); no ofrecía dificultad cuando se habia celebrado el contrato con un amigo del que la quería hacer valer; menos aun cuando era con un acreedor, en cuyo último caso nada podia impedir la *usu receptio*, aun cuando el deudor hubiera tenido en su poder la cosa á virtud de un arrendamiento ó de la especie de préstamo llamado *præcarium* (3).

Entre los modos de adquirir en virtud de la ley (*lege*), se comprende el nombrado *caducum* y *ereptorium* (§. CCXCV), de los cuales habla Ulpiano, así como del *jus accrescendi in servo* de que se trata en las Instituciones, y que Próculo sostenía asimismo que podia aplicarse á los manumitidos por un modo natural de manumisión.

La donación (*donatio*) es muchas veces la base de un modo natural de adquirir cuando no produzca obligación, y aun en este último caso hay lugar á la diferencia de donación *inter vivos* y *mortis causa*, aun cuando se trate de una revestida de la forma de los contratos.

(1) Ernesto advierte que la palabra *mancipium* era usada aun en la época de

Plinio el Viejo, pero no dice que se la encuentra cerca de doscientos años despues en Ulpiano.

(2) SEN. De benef. 6, 5.

(3) GAJ. Pág. 68, lin. 12.

§. CCCL. Fin de la propiedad. Derecho de Hipoteca.

Se habla mucho mas á menudo durante el tercer periodo de la máxima, en la apariencia absurda, de que con frecuencia el propietario no puede enagenar sus bienes, y si por el contrario el que no lo es. Ocorre el primer caso respecto á un fundo dotal (*fundus dotalis*), y el segundo en cuanto á una cosa empeñada. Las compilaciones de Justiniano comprenden numerosas disposiciones respecto al derecho de hipoteca, inconciliables al parecer con la seguridad del dominio, y tomadas todas, ya de los juriconsultos, ya de los Rescriptos del tiempo de Justiniano, como, por ejemplo, la que concede accion contra el tercer poseedor de una cosa que forma parte de una masa de bienes hipotecados (1), cuando aquella habia sido enagenada por el deudor; tal es tambien la que confiere la hipoteca al acreedor sin necesidad de entrega. Todas ellas se justifican, sin embargo, principalmente porque la ley castigaba al que despues de haber hipotecado una cosa de su pertenencia, la gravaba de nuevo ó la enagenaba. Véase §. CCVIII, al fin.

(1) Fr. 47, pr. D. 49, 14.

§. CCCLI. Adquisicion por medio de otro.

En esta época se crea, con el fin de facilitar el comercio, el nuevo principio de que se puede adquirir cualquier cosa por medio de un tercero no sometido al poder del adquirente. Al menos es cierto que la posesion se encontraba en este caso; pero no es posible decidir si la cuestion de Severo citada en esta ocasion creaba una legislacion enteramente nueva (1), ó no hacia mas que reproducir los principios antiguos; Gayo no habla de esto una sola palabra.

(1) S. 5. Inst. 2, 9.

§. CCCLII. Influencia de las relaciones de familia en la propiedad: 1.º influencia de la patria potestad.

DIG. 40, 17. De castrensi peculio.

La influencia de la autoridad paterna sobre los bienes del hijo está modificada por el peculio castrense (*castrense peculium*, palabras cuya inversion no se admite). El hijo puede disponer de él por testamento; á su muerte se considera como una verdadera herencia; hay obligacion de pagar todas sus deudas cuando se lega por testamento, y si vuelve al poder del padre, es á título de peculio y gravado con todas las deudas, por considerables que sean (1). No se deduce de ahí, sin embargo, que el hijo haya sido considerado como propietario en vida del padre; se menciona ya el caso en que el padre desee abandonar al hijo sometido á su poder el valor entero del fideicomiso, respecto al cual no se haya conducido conforme á las reglas de una estricta prohibidad.

(1) *Civilistisches Magazin*, tom. II, pág. 209.

§. CCCLIII. 2.º Influjo del matrimonio.

ULP. 6. De dotibus. 7. De jure donationum inter virum et uxorem, y otros.

DIG. 23, 5. De fundo dotali.

Ha sufrido una nueva modificacion el influjo del matrimonio sobre la propiedad, por haberse declarado inenagenable al *fundo dotal*, al menos el situado en Italia (*in Italico solo*). Puede ser que date de la misma época la obligacion impuesta al marido de restituir la dote despues de disuelto el matrimonio. Habia que resolver cuándo se disolvia por muerte de la mujer la dificultad de quién sería la persona á que el marido debería restituir la dote, supuesto que la mujer no podia vigilar ya sobre sus propios intereses. Cuando la dote habia sido constituida por las personas obligadas legalmente, como el padre ó el abue-

lo paterno (*profectitia dos*, palabras cuya inversion está admitida), volvía á poder de aquellas, y el padre y los herederos de la mujer carecian de derecho. En ciertos casos excepcionales, sin embargo, no volvía la dote al donante, como, por ejemplo, en aquellos en que se aseguraba al marido el quinto de la dote para cada hijo que naciese del matrimonio, y en que estas fracciones reunidas hubiesen agotado en su totalidad la dote, ó en el que guardase su valor el marido en el caso de morir antes el padre ó el abuelo. Mas cuando la mujer ú otro cualquiera en su nombre habia constituido libremente la dote (*adventitia dos*, palabras cuya inversion no está admitida), lo retenía el marido por lo comun, á menos que se hubiese estipulado la condicion de recobrarla (*receptitia dos*). No ocurría lo mismo cuando el divorcio ó la muerte disolvian el matrimonio, en cuya hipótesis volvía la dote á la mujer solamente, ó á ella y su padre á la vez.

El plazo fijado para la restitucion respecto á las cosas que podian contarse, pesarse ó medirse, se dividía en tres términos, cada uno de un año; las demas debian restituirse al momento de disolverse el matrimonio.

Se retenía la dote (*retentiones*) siempre que los hechos de la mujer daban causa al divorcio. Si habia hijos se retenía una sexta parte para cada uno de ellos, no obstante que su parte total podia elevarse á mas de la mitad de la dote. Cuando no habia hijos se retenía ya la sexta parte, por ejemplo, en casos graves (*graviores mores, majores mores*) ya una octava, por ejemplo, en los casos mas leves (*leviores mores, minores mores*). Pero no podian ser simultáneas muchas retenciones de una misma naturaleza sobre una parte determinada de la dote (1). La ley castigaba tambien al esposo de otros modos diversos, ya condenándole á restituir la dote recibida (§. CXXVI, nota 3) antes de la época en que hubiera debido hacerlo, ya privándole de una parte de los frutos de esta dote ya percibidos (2). Finalmente, al restituir se tenían en cuenta las impensas (*im-*

*pensæ*) hechas por el marido, y las donaciones de los esposos permitidas por la ley; se habla igualmente en esta ocasion respecto al marido de una *stipulatio tribunitia*, nombre muy mal leído probablemente (§. CCXXXIII). El marido firmaba regularmente al principio del matrimonio el inventario de todos los objetos que no formaban parte de la dote, y sabemos (3) de un modo expreso que esto estaba en uso generalmente en Roma.

(1) *Dos, quæ semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit.* ULP. 6, 11. Véase el *Civilistisches Magazin*, tom. IV, pág. 396.

(2) ULP. 6, 5, 13. Esta frase: *In ea autem, quæ præsens reddi solet, tantum ex fructibus jubetur reddere, quantum in illa dote, QUÆ TRIENNIO redditur, repensatio facit*, es preferible á la siguiente que se lee en el manuscrito: *in illa dote QUADRIENNO redditur*, á continuacion de la cual se interpone un *quod*. En las últimas ediciones de Ulpiano ha sustituido la palabra *representatio* á la de *repensatio*, cambio no solo inútil sino inexacto.

(3) *Fr. 9, §. 3. D. 23, 3.*

#### §. CCCLIV. 3.º *Influencia de la tutela y curaduría*

DIG. 27, 9. *De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis vel supponendis.*

Ni el tutor ni el curador pueden enagenar los inmuebles de su pupilo no sujetos á deterioro sin permiso especial de la autoridad: sofo tiene este derecho respecto á las casas.

#### §. CCCLV. *Persona del testador y forma del testamento.*

ULP. 23, 10.

INST. 2, 11. *De militari testamento.*

DIG. 29, 1. *De testamento militis.*

Si pasamos á los modos universales de adquirir encontramos muchos cambios en las sucesiones. Se heredaban tambien ya los bienes dejados por el que moría entre los enemigos.

Un latino que formaba parte de una colonia tenia derecho de testar, al paso que carecia de él un *Latinus Junianus*. Se concedía el mismo derecho á los extranjeros que gozaban de él en su patria; mas no á ningun *Deditivus*.



Gayo mismo que no admite la edad de 14 años como época de la pubertad, la fija como la que se requería para testar. Un hijo de familia podía disponer por testamento de su *castrense peculium*; y las mujeres romanas no necesitaban de un tutor especial para testar cuando estaban exentas de la tutela.

El derecho civil exigía como forma del testamento un acto escrito (1) y la emancipación. Pero los militares no estaban sujetos á ninguna de las condiciones relativas, ya á la forma, ya al contenido del testamento; prerogativas concedidas también á los que sin ser militares estaban espuestos á los mismos peligros. El testamento hecho de este modo no era válido mas que un año despues de obtener el soldado su licencia. Había en esta época reglas muy exactas respecto á la apertura de los testamentos y al acto de poner en posesión á los herederos.

(1) No era lo mismo respecto á la *bonorum possessio*, Fr. 8. §. 4. D. 37, 11, y Const. 2. C. 6, 11. Este último pasaje no contiene un derecho nuevo: Véase el *Civilistisches Magazin*, tom. I, pág. 271.

#### §. CCCLVI. Contenido del testamento.

La cuestión de quiénes pueden ser instituidos herederos, exige que tomemos en consideración, por una parte la LEY JUNIA VELLEJA que permite la institución de un póstumo, y por otra la LEY JULIA CADUCARIA. Esta ordenaba que en el caso en que un *cælebs* ó un *orbus* instituidos en un testamento no se casaran en tiempo útil, todos los instituidos en el mismo que tuviesen hijos podrían presentarse en su lugar y recoger en su defecto: la parte íntegra de un *cælebs*, la mitad de la de un *orbus*, y respecto al cónyuge superviviente la suma que no tenía derecho de recibir del otro. Las comunidades no pueden ser instituidas herederas, á excepción de las municipalidades por sus libertos y un corto número de templos privilegiados. El derecho concedido al testador de instituir á sus esclavos se determina de un modo mas exacto. Según Gayo los jurisconsultos de ambas sectas no estaban acordes acerca de si

la muerte del heredero suyo preterido (*præteritus*) en el testamento le hacía válido según el derecho civil (1). El heredero instituido tiene ya derecho á la cuarta parte de los legados.

Estaban discordes también las sectas sobre si debía considerarse como no impuesta la condición imposible. Los Casianos opinaban afirmativamente; siguiendo probablemente la opinión de Q. Mucius (2). Los Proculeyanos no hacían ninguna distinción en este punto entre los actos de última voluntad y los contratos, y Gayo mismo observa apenas si puede haber una diferencia racional (*vix idonea diversitatis ratio*) (3). La condición captatoria destruía la institución.

La sustitución vulgar (*vulgaris substitutio*) llegó al parecer á ser mas frecuente, sin duda con la intención de disminuir el número de casos en que el tesoro público tenía derecho de apoderarse de los *caduca* (4). En esta época se comienza á comprender la sustitución pupilar (*pupilaris*) bajo la denominación de *vulgaris substitutio*.

Basta la simple gestión *pro herede* (*pro herede gerere*) para escluir enteramente á un sustituto en el caso de una aceptación imperfecta (*imperfecta cretio*).

La obligación que nace de una simple promesa del finado (*pollicitatio*) no es carga para los herederos sino bajo cierta restricción.

En cuanto al caso en que el nacimiento de un póstumo puede invalidar un testamento, ciertos jurisconsultos, sin duda los Proculeyanos aunque no se les nombra en esta ocasión, sostenían que era preciso haber oído al niño gritar porque de otro modo no había vivido. Los Sabinianos por el contrario desaprobaban esta doctrina porque no encontraban nada semejante á ella en las obras de los jurisconsultos antiguos.

La *inofficiosi querela* se había aumentado con una multitud de condiciones nuevas.

(1) Pág. 84, lin. 12 y siguientes