

no tiene ningun interes de derecho en que la cosa estipulada se dé á un tercero ó se haga para un tercero (*etiam ei cuius nihil interest*) se presenta un medio para hacer válido el contrato verbal, cual es hacerlo recaer sobre la estipulacion de una pena: «*Plane si velim hoc facere, pœnam stipulari conveniet*» (1). Por ejemplo: ¿PROMETES DAR TANTO Á TICIO? ó ¿PROMETES HACER TAL COSA POR TICIO? Estipulacion inútil, porque suponemos que no tengo ningun interes de derecho en que esto sea dado ó hecho á Ticio. Pero yo he añadido: ¿Y SI NO LO DAS, ó bien, Y SI NO LO HACES ASÍ, ¿PROMETES DARME CIEN SUELDOS DE ORO? La estipulacion es válida é importa apreciarla bien. La pena no es aquí una cosa accesoria, la representacion de un interes que no existe, la seguridad de una estipulacion principal, inútil; á decir verdad, forma por sí misma el objeto principal de la estipulacion. Es permitido á cada uno estipular bajo condicion, con tal que ésta no tenga nada de imposible ó ilícito: pues bien, en la especie no he hecho yo otra cosa. En el fondo, es como si yo hubiese dicho: ¿SI NO DAS ó SI NO HACES TAL COSA Á TICIO, PROMETES DARME CIEN SUELDOS DE ORO? La condicion es potestiva de parte del promitente; es libre en dar ó no dar á Ticio; pero faltando este último caso, la condicion se cumple, y adquiere el derecho de mi estipulacion (*committitur stipulatio*). Tales son los principios relativos especialmente al estipulante: sólo resta ya añadir lo que dice el texto de las estipulaciones, *mihi aut Seio, sibi et alii*.

Mihi aut Seio: Verdaderamente y en la totalidad para mí he estipulado la cosa prometida; Seyo sólo es indicado para la ejecucion, como pudiendo recibir válidamente el pago por mí: «*Seio autem dumtaxat recte solvitur*» (2). Se le llama *solutionis gratia*, ó *solutionis causa adjectus* (3). La estipulacion es, pues, válida, y en su totalidad. ¿Pero cuál es la situacion de las tres personas que en ella tienen representacion?—La obligacion sólo la adquiere yo estipulante: «*Constat mihi soli adquiri obligationem*» (4); yo solo tengo la accion de ella, y en mí solo debe recaer el beneficio.—El promitente tiene el derecho de pagar válidamente á Seyo, áun contra mi voluntad (*me etiam invito, etsi prohibeam*); porque sólo

(1) Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 38. § 17. f. Ulp.—Y más adelante § 19.

(2) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 141. § 3. f. Gay.

(3) Dig. 46. 3. *De solut. et liber.* 95. § 5. f. Papin.—46. 1. *De fidejuss.* 23. f. Marcian.

(4) Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 141. § 3. f. Gay.

se halla ligado segun los términos de la estipulacion. Yo no podria, pues, aquí, como en el mandato ordinario, revocar la especie de poder conferido á Seyo: «*Quia certam conditionem habuit stipulatio quam immutare non potest stipulator*» (1). El deudor no puede tampoco exceder los términos de la estipulacion: sólo á Seyo, á Seyo individualmente, y no á ningun otro en su lugar, ni áun á sus herederos, tiene el derecho de pagar válidamente. Y poco importa que Seyo sea hijo de familia, esclavo, pupilo ó furioso: sólo á él, segun principio, y no al padre, á la madre, al tutor ni al curador, puede hacerse el pago válidamente (2). En cuanto á Seyo, es extraño á la estipulacion: no puede ésta ni ligarle ni ligar á ningun otro con él. Así, á ménos que por otra parte no se haya él obligado conmigo, no está sin duda obligado á recibir para mí. Pero si recibe aunque no sea un verdadero mandatario (3), se asimila á éste, y tengo contra él la accion de mandato (*mandati actionem*) (4). Generalmente, en la realidad de los negocios, yo le hubiera prevenido ántes de este encargo, y hubiera habido, de él á mí, verdaderamente contrato de mandato. Por lo demas, como en manera alguna adquiere los poderes, y es sólo una especie de mandatario limitado, no podria ni prometer su accion, ni extinguirla por novacion ó por entrega, ni recibir fideyusores ó prendas (5).

Sibi et alii: Aquí el tercero se halla adjunto, no sólo para el pago, sino tambien para la misma adquisicion de la obligacion (*non solutionis causa, sed acquirendæ obligationis gratia*). El estipulante estipula en parte para sí mismo y en parte para otro. ¿Será válida en su totalidad la estipulacion, ó bien sólo valdrá en su mitad, siendo inútilmente estipulada la mitad que corresponde al tercero? Las dos escuelas de jurisprudencia se hallaban divididas en este punto. Los Sabinianos declaraban válida la estipulacion en el todo. «*Nostri præceptores, dice Gayo, putant in universum valere, et proinde ei soli qui stipulatus sit solidum debere, atque si extranei nomen non adjecisset*» (6). Los Proculeyanos, por el con-

(1) Dig. 46. 3. *De solut. et liber.* 12. § 3. f. Ulp.; 106. f. Gay.

(2) Dig. 45. 1. *Verbor. oblig.* 55. f. Julian.—46. 3. *De solut. et liber.* 95. f. Ulp.; 95. § 7. f. Papin.

(3) Dig. 46. 3. *Sol. et liber.* 12. pr. y § 1. f. Ulp.

(4) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 131. f. Scevol.

(5) Dig. 46. 3. *De sol. et liber.* 10. f. Paul.—13. 5. *De pecun. constit.* 7. § 1. f. Ulp.—46. 1. *De fidejuss.* 23. f. Marcian.—20. 1. *De pignor.* 33. f. Trifon.

(6) Gay. Com. 3. § 103.

trario (*sed diversæ scholæ auctores*, dice Gayo), decidían que sólo era válida en la mitad: «*Pars enim mea deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem.*» Esta decisión ha sido adoptada por Justiniano; y sin embargo, se describen todavía en el Digesto vestigios de una y otra (1).

Esto es por lo que respecta al estipulante. Examinemos ahora el principio establecido por lo que respecta al promitente. Se halla perfectamente establecido en nuestro § 3. Ninguno puede válidamente prometer por otro; es decir, que no puede prometer que otro dará ó hará (*alium daturum facturumve*). Lo que significa, no sólo que el tercero no se hallará ligado en manera alguna por esta promesa, pues es extraño á ella, sino que ni el mismo promitente se hallará obligado: «*Alius pro alio, promittens daturum facturumve eum, non obligatur*» (2): *non obligabitur*, dice nuestro texto. Y el motivo es que no lo ha querido, ó al ménos, que las palabras no lo han expresado.—Si, pues, las palabras expresan que él mismo se obliga á hacer dar ó hacer por el tercero (*effecturum se ut Titius daret*), la estipulación es válida, y el promitente queda obligado (3). Aun á veces esto se supone como resultado necesario de la naturaleza de la promesa; por ejemplo, cuando yo prometo que tal persona se presentará ó permanecerá en justicia: «*Nam qui alium sisti promittit, hoc promittit, id se acturum, ut stet*» (4).—En fin, aun cuando las palabras no expresen otra cosa que la promesa del hecho de otro, estipulación inútil por sí misma, hay medio de hacer válido el contrato verbal, prometiendo una pena: «*At si quis velit factum alienum promittere, pœnam vel quanti ea res sit, potest promittere*» (5). Es preciso aplicar aquí lo que acabamos de decir de la estipulación para otro en caso semejante.

Establecida la regla general, es preciso observar en primer lugar que hay individuos á quienes no se aplica, y de los cuales pueden algunos estipular ó prometer por los otros, á causa de la unidad de persona que hay entre ellos. Así: 1.º cada uno puede estipular ó

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 110. f. Pomp.—Para la otra opinion, en materia de venta: Dig. 18. 1. *De contrah. empt.* 64. f. Javolen., y 8. 4. *Comm. præd.* 4. f. Javolen.

(2) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 83. pr. f. Paul.; 38. § 1. f. Ulp.

(3) Como tambien cuando promete dar en nombre de Ticio: «*Possum utiliter a te stipulari, Titii nomine te soluturum: neque enim hoc simile est illi, Titium daturum.*» Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 97. § 1. f. Cels.

(4) Ib. 81. f. Ulp.

(5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 38. § 2. f. Ulp.

prometer, añadiendo á su persona la de su heredero: «*Sua personæ adjungere quis heredis personam potest*» (1); adjuncion que vale de derecho, á ménos de exclusion expresa ó que resulte de la naturaleza misma del objeto estipulado.—2.º El jefe de familia puede estipular para el esclavo y para el hijo que tiene bajo su potestad; es decir, estipular que se les dará, ó que se hará para ellos alguna cosa, y la obligacion la adquieren como si hubiesen estipulado para sí mismos, aunque respecto del hijo con las distinciones que exigen las reglas relativas de los peculios: «*Dominus servo stipulando sibi acquirit: sed et pater filio, secundum quod leges permittunt*» (2).—3.º Por el contrario, el que se halle bajo la potestad de un jefe de familia puede estipular válidamente para este jefe y para todos aquellos que se hallan sometidos bajo la potestad del mismo, pues entre todos estos individuos hay unidad de persona jurídica; y la obligacion la adquiere el jefe. «*Quodcumque stipulatur is qui in alterius potestate est pro eo habetur ac si ipse esset stipulatus*» (3). Así el esclavo puede estipular, como ya hemos dicho, para su señor, para el hijo de su señor y para su coesclavo. Puede tambien estipular válidamente para aquel á quien pertenece en usufructo ó en uso; ó para el que lo posee de buena fe, pero sólo en los límites de su adquisicion (t. 1, p. 470): este último punto se aplica aun al hombre libre poseido de buena fe como esclavo. Del mismo modo el hijo de familia puede estipular para su padre, para el esclavo de su padre, ó para aquellos que se hallan, como él, sometidos bajo su patria potestad (4). Obsérvese á este propósito esta expresion enérgica de nuestro texto: «*Vox tua tanquam filii, sicut et filii vox tanquam tua intelligitur.*» En cuanto á las promesas, es menester referirse á lo que (lib. 4, tít. VII) diremos sobre la manera con que el jefe puede, por medio de las instituciones pretorianas, responder de las obligaciones contraídas por los que tiene bajo su potestad.

(1) Ib. 38. pr. §§ 1, 2, 5, 10 á 14. f. Ulp.; 49. § 2. f. Paul.—Véase tambien 56. § 1. f. Julian.; 131. pr. 133. f. Scævola., y lo que diremos en adelante, § 13, de la estipulación *post mortem suam*.

(2) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 39. f. Paul.—45. 3. *De stipul. serv.* 28. § 2. f. Gay.—Cod. 8. 38. *De contrah. et committ. stipul.* 2. const. de Sever. y Anton.—Obsérvese, sin embargo, la distincion que hay entre la estipulación de un derecho y la de un hecho exclusivamente personal. Esta última, hecha por el padre para el hijo, no sería válida; mas, por el contrario, la hecha por el hijo para el padre, lo sería. 45. 1. *Verb. obl.* 130. f. Paul.

(3) Ib. 45. f. Ulp.

(4) Ib. 38. §§ 6, 15 y 17 f. Ulp.; 40. f. Pomp., aun á pesar de la prohibicion del señor (*vetante domino*). 62. f. Julian.; 78. f. Paul.; 141. pr. f. Gay.—45. 3. *De stipul. servor.* 1. § 3. f. Julian.

En fin, bajo el punto de visto de la procuracion, es decir, de la posibilidad de estipular por medio de un representante, no se ha permanecido siempre bajo la estricta aplicacion del primitivo derecho civil: la utilidad, ó aun la indispensable necesidad, en ciertas circunstancias, ha hecho admitir algunas modificaciones. Así, hemos visto que la estipulacion *rem pupillo salvam fore* puede hacerse en nombre del pupilo *infans* ó no presente, ya por un esclavo público, ya por una persona designada por el pretor (t. I, p. 232), ya por el mismo magistrado (1); que las estipulaciones pretorianas pueden hacerse por procurador (2); del mismo modo, para el agente de las municipalidades (*actor municipum*), para el tutor del pupilo, para el procurador de un militar (*procurator militis*) (3), ó aun para el curador del loco ó del adolescente, para el procurador de una persona cualquiera, en algunos casos particulares (4); en fin, nos dice Ulpiano que si la promesa ha sido hecha al procurador en presencia del mandante, se dará á este último la accion (5); pero en todos estos casos no será la accion directa procedente del mismo derecho civil, sino una accion útil.

Hemos insistido acerca de la explanacion de estos principios en derecho romano, y llamamos acerca de su estudio una atencion tanto mayor, cuanto que se hallan invertidos y trastornados en los artículos 1119, 1120 y 1121 de nuestro código civil, no habiendo otro medio que llegar hasta su origen, para que sea posible aclarar el funesto contrasentido que resulta de esta introduccion en nuestra sociedad y en nuestro sistema de contratos.

(1) Dig. 27. 8. *De magist. convent.* l. § 15. f. Ulp.—La misma necesidad se presenta para la satisfaccion que se ha de dar, en caso de adrogacion de un impúbere. Dig. 1. 7. *De adopt.* 18. f. Marcel.—El pretor, ya desde las acciones de la ley, en la accion *sacramenti*, aparece como recibiendo *prædes* en nombre del público. Gay. Com. 4. § 13.

(2) Dig. 39. 2. *De damn. infect.* 18. § 16. f. Paul.; 39. § 3. f. Pomp.; y 13. § 13. f. Ulp.

(3) Esto se dice expresamente por Ulpiano por la constit. : Dig. 13. 5. *De pecun. consti.* 5. § 2. f. Ulp.; y especialmente para la estipulacion, en el caso de que se trate de estipular para el pupilo, para el loco, para el adolescente, ó para el militar, la restitucion de una suma á ellos correspondiente, que haya sido dada en *mutuum*; es decir, de estipular, *ex re eorum*. Dig. 12. 1. *De reb. redit.* 26. f. Ulp.

(4) En caso de venta por procurador y de las satisfacciones dadas accesoriamente á la venta: Dig. 19. 1. *De action. empl.* 13. § 25. f. Ulp.; especialmente para la estipulacion, cuando el procurador estipula *ex re domini*: Dig. 3. 3. *De procurat.* 68. f. Papin.; ó cuando los intereses del señor no pueden salvarse de otro modo (*si modo aliter rem suam servare non potest*), lo que se dice particularmente por Gayo y Ulpiano respecto de los contratos hechos por un *institor*. Dig. 14. 3. *De institor. action.* 1. f. Ulp. y 2. f. Gay.

(5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 79. f. Ulp.: «*Si procuratori presentis fuerit cautum, ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit.*»

V. *Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quæ interrogatus fuerit, non respondeat: veluti, si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra; aut si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra; si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas: PRESENTI DIE SPONDEO. Nam si hoc solum respondeas: PROMITTO, breviter videris in eandem diem vel conditionem spondidisse; neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.*

5. La estipulacion es tambien inútil, si la respuesta no conviene con la pregunta: por ejemplo, *si se estipula de tí diez sueldos de oro y tú prometes cinco, ó al contrario*; ó bien se estipula pura y simplemente, y tú prometes bajo condicion, ó al contrario. Con tal, sin embargo, que se exprese la diferencia, es decir, que al que ha estipulado bajo condicion ó por término, respondas tú: YO PROMETO PARA HOY; porque si tú has respondido sólo: YO PROMETO, se reputa que has respondido brevemente por el mismo término ó bajo la misma condicion. En efecto, no es necesario repetir en la respuesta todo lo que ha expresado el estipulante.

La conformidad exacta de la promesa con la estipulacion es un principio esencial del contrato verbal: no basta que la intencion, que el consentimiento de las partes se encuentren allí, sino que se necesita que se hallen en las palabras, en la forma de una interrogacion anterior, y de una respuesta conforme, que se sigue inmediatamente. Por este principio es menester guiarse. Por lo demas, la necesidad de esta conformidad no llega hasta exigir que la respuesta repita los mismos términos de la interrogacion, ni aun que se haga en la misma lengua, ni en tal expresion de asentimiento más bien que en cual otra (1).

«*Si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra.*» Sin embargo, esta cuestion habia dividido á los juriscultos, y, como sucede muy frecuentemente, las dos opiniones contrarias se hallan insertas en las colecciones de Justiniano. La de nuestro texto, que pronuncia la nulidad completa de la estipulacion, está tomada de la Instituta de Gayo (2); en ella cada suma es considerada como un objeto distinto; por consiguiente, recayendo la interrogacion sobre uno de estos objetos, y la respuesta sobre otro, hay nulidad: por el contrario, Ulpiano y Paulo consideran las sumas como cantidades, y pues es incontestable que la cantidad menor se halla comprendida siempre en la mayor, la estipulacion,

(1) Dig. 45. 1. *Verb. oblig.* 1. § 2. f. Ulp.; pero la simple señal de asentimiento (*si sine verbis admiserit*) no bastaria.

(2) Gay. Com. 3. § 102.

segun ellos, será válida en la suma menor: «*Quia semper in summis id quod minus est sponderi videtur*», dice Paulo: «*Licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti et decem inesse*», dice Ulpiano. Esta última decision es la que se halla reproducida en el Digesto (1).

VI. Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris qui tuo juri subjectus est, vel si is a te stipuletur. Sed servus quidem, non solum domino suo obligari non potest, sed ne alii quidem ulli; filii vero familias aliis obligari possunt.

La unidad de persona jurídica entre el jefe de familia y los que se hallan bajo su potestad, unidad que hace que puedan estipular de un tercero unos para otros, les impide precisamente, y por la misma razon, estipular válidamente entre sí, unos de otros. Sin embargo, la introduccion de los peculios, las ideas filosóficas del derecho de gentes, y las instituciones pretorianas modificaron este rigor civil, en el sentido de que se reconocieron entre estas personas obligaciones naturales (2).—En cuanto á lo que concierne á la incapacidad del esclavo y á la capacidad del hijo para obligarse hemos ya tratado la cuestion.

VII. Mutum neque stipulari, neque promittere posse palam est. Quod et in surdo receptum est; quia et is qui stipulatur, verba promittentis, et is qui promittit, verba stipulantis, audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui qui tardius exaudit, sed de eo qui omnino non audit.

Quod et in surdo receptum est. La imposibilidad del contrato de palabras para el mudo era evidente: «*Mutum nihil pertinere ad obligationem verborum natura manifestum est*» (3), dice Gayo; pues es necesario que cada parte pronuncie palabras: «*Stipulatio*

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obi.* 1. § 4. f. Ulp.; 83. § 3. f. Paul.

(2) Dig. 12. 6. 33. f. Afric. Y para el peculio castrense, respecto del cual el hijo es reputado padre de familia, Dig. 5. 1. *De judic.* 4. f. Gay.

(3) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 1. §§ 14 y 15. f. Gay.

6. La estipulacion es inútil si tu estipulas de aquel que se halla bajo tu potestad, ó si él estipula de tí. En cuanto al esclavo, no puede obligarse, no sólo con su señor, sino ni con cualquiera otra persona, mientras que los hijos de familia pueden obligarse con otro.

7. El mudo no puede evidentemente ni estipular ni prometer. La misma decision ha sido admitida con respecto al sordo, porque el que estipula debe entender las palabras del promitente, y el que promete, las palabras del estipulante. Segun este motivo es claro que no hablamos del que oye con dificultad, sino del que no oye nada.

non potest confici nisi utroque loquente» (1). Pero respecto del sordo, se habria podido decir en rigor que la sordera ni impide la pronunciacion de las palabras, y por consiguiente la posibilidad material del contrato. La jurisprudencia no ha admitido esta conclusion, y por el contrario, ha admitido el principio de que las dos partes deben, no sólo hablar, sino tambien entenderse recíprocamente. «*Quoniam exaudire invicem debent*» (2).

VIII. Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quæ agit.

8. El loco no puede ejecutar ningun acto de derecho, porque no tiene inteligencia de lo que hace.

No puede, ni aún con asistencia de su curador (3). Sin embargo, las estipulaciones y las promesas hechas por él en sus lúcidos intervalos (*in dilucidis intervallis*) serán válidas; porque es preciso aplicar aquí lo que ya hemos visto respecto de los testamentos (4).—En cuanto al pródigo á quien se ha entredicho la administracion de sus bienes, puede válidamente estipular, pero no prometer: «*Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit; tradere vero non potest, vel promittendo obligari*» (5).

IX. Pupillus omne negotium recte gerit; ut tamen sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.

9. El pupilo puede administrar válidamente cualquier negocio con tal que intervenga el tutor en los casos en que se requiera su autorizacion, por ejemplo, cuando se obliga al pupilo, porque puede sin esta autorizacion obligar á los demas consigo mismo.

X. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est qui jam aliquem intellectum habent: nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso distant, quia hujus ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum, benigni-

10. Lo que acabamos de decir de los pupilos no se aplica sino á los que ya tienen alguna inteligencia; porque el infante, y el que todavía se halla próximo á la infancia, apenas se diferencian del loco, pues no tienen ninguna inteligencia. Sin embargo, respecto de los pupilos todavía próximos á la infancia, y por utilidad de ellos, una interpretacion

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obi.* 1. pr. f. Ulp.

(2) Ib. Gay. Com. 3. § 105.

(3) Dig. 50. 17. *De regul. jur.* 5. f. Paul. *In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui juri possunt, quamvis actum rei non intelligerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest: pupillus omnia, tutore auctore, agere potest.*—41. 7. *De oblig. et act.* 1. § 12. f. Gay.—*Instit. de Gay. Com.* 3. § 106.

(4) *Instit.* 2. 12. § 1. t. 1. p. 538.—*Cod.* 6. 22. *Qui testam. fac. poss.* 9. const. de Justin.

(5) Dig. 45. 1. *Verb. obi.* 6. f. Ulp.

nior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes; nec auctore quidem patre obligatur.

más favorable les ha concedido la misma capacidad que al pupilo próximo á su pubertad. En cuanto al impúbero sometido bajo la patria potestad, no puede obligarse ni aun con autorizacion de su padre.

Las breves nociones que ya hemos dado (*Generalizacion del derecho romano*, p. 36 y siguiente) sobre los diversos períodos que se distinguen en la edad de los impúberos, y sobre las consecuencias que de ellas sacaban los juriconsultos romanos con respecto á su capacidad, exigen aquí algunas explanaciones en lo que concierne á la estipulacion.

El primitivo derecho romano en las palabras *impubes infans* habia tomado las cosas á la letra, fijándose en el hecho material, en el fenómeno físico. En este derecho, lo mismo que el *impubes* es el que no puede todavía engendrar, el *infans* es el que no puede todavía hablar: la composicion filológica de la palabra explica rigurosamente el pensamiento. La facultad generadora constituía el púbero, y la palabra al hombre salido de la infancia. ¿En qué tiempo? En el momento mismo en que se verifica el fenómeno, momento variable, segun que los individuos son más ó menos precoces ó tardíos; así no hay edad jurídica y uniformemente determinada. — En el lenguaje de los antiguos juriconsultos, hasta en los textos insertos en el Digesto de Justiniano, y en las constituciones imperiales anteriores á Teodosio, la palabra *infans* se toma siempre en este sentido material y riguroso: *Qui fari non potest, antequam loqueretur, prius quam fari possit, qui fari potest, qui loqui potest, ex quo fari coeperit.* Estas expresiones y otras semejantes vienen frecuentemente á traducir ó explicar de un modo indudable el pensamiento (1); y todavía con más frecuencia, para mayor conviccion, hallamos al *infans* comparado, bajo este aspecto, con el mudo (2).

(1) Dig. 26. 7. *De admin. tutor.* 1. § 2. f. Ulp. «*Qui fari non possunt.*» 29. 2. *De acquir. hered.* 1. f. Paul.: «*Si fari possit.*» — 36. 1. *Ad. s.-c. Trebell.* 65. § 3. f. Mecian. «*Eo quod fari non potest, cum fari non possit.*» 40. 5. *De fideicomm. libert.* 30. §§ 1. á 6. f. Ulp.: «*Qui fari non potest.*» — 44. 7. *De oblig. et action.* 1. § 13. f. Gay.; «*Qui loqui potest.*» — 45. 1. 70. f. Ulp.: «*Qui fari non potest.*» y 141. § 2. f. Gay.: «*Ex quo fari coeperit.*» — 46. 6. *Rem pupill. salvo. fore.* 6. f. Gay.: «*Si pupillus abest aut fari non potest, si presens sit, et fari potest.*» — Y en el Código, 6. 9. *Qui admitt. ad bon. poss.* 3. const. de Dioclec. y Maxim.: «*Antequam loqueretur.*» 8. 54. *De donation.* 26. const. de Constant.: «*Priusquam fari possit.*»

(2) Dig. 36. 1. *Ad. s.-c. Trebell.* 65. § 3. f. Marclan. — 40. 5. *De fideicomm. libert.* 30. §§ 1. á 6. f. Ulp. — 44. 7. *De oblig. et act.* 1. §§ 13 y 14. f. Gay. — *De verb. oblig.* 1. pr. f. Ulp.

Esto supuesto, los actos jurídicos en que deben pronunciarse fórmulas, en las que son necesarias la presencia y la palabra de las partes, se hallan fuera de todo alcance del *infans*, del que todavía no habla: hay imposibilidad absoluta de que verifique semejantes actos. Tal es, en particular, la estipulacion: «*Stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente; et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans, stipulationem contrahere possunt*» (1).

Pero desde que el impúbero puede hablar, proferir palabras, ¿será capaz de representar el papel de actor en los actos jurídicos por el hecho solo de poder pronunciar las fórmulas? Los juriconsultos romanos no habian disimulado que la inteligencia, sobre todo la inteligencia de los actos formales, no se obtiene tan pronto como la palabra; que esta inteligencia falta, no sólo en el *infans*, es decir, en el que no habla, sino tambien en el que principiando ya hablar se acerca más al infante que al púbero (*infanti proximus*), época tan indeterminada como lo eran las otras dos á quienes servia de intermedia; pero que era considerada como prolongándose comunmente hasta cerca de los siete ú ocho años; y si bajo el aspecto de la palabra comparaban al *infans* con el mudo, bajo el aspecto de la inteligencia comparaban al loco con el *infans* y el *infanti proximus* (es decir, el menor de siete ú ocho años): «*Nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso distant*», dice nuestro texto, copiando la Instituta de Gayo (2). — La consecuencia habria debido ser que el *infanti proximus*, aunque pudiesen físicamente proferir palabras, no teniendo ninguna inteligencia (*nullum intellectum*), y estando bajo este aspecto casi asimilado á un loco, no podia válidamente aparecer como actor en actos que no comprendia. Sin embargo, por decision más favorable y por utilidad suya (*benignius, favorabiliter, propter utilitatem*), los impúberos, aunque no se hallasen todavía en edad de comprender, y por el hecho solo de que podian hablar y pronunciar mecánicamente las fórmulas, fueron admitidos á hacer, ya con la *auctoritas* de su tutor, ya áun solos, ciertos actos que no podian tener lugar sin su cooperacion personal; por ejemplo, la adquisicion de una herencia (t. 1, p. 210 y 634) (3), ó que estaban en su interes. Tal

(1) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 1. pr. f. Ulp.; y 70. f. Ulp.

(2) 29. 2. *De acquir. hered.* 9. f. Paul. — 44. 7. *De oblig. et act.* 1. § 13. — Gay. Com. 3. § 109, da donde se ha tomado nuestro texto.

(3) Dig. 29. 2. *De acquir. hered.* 9. f. Paul.: «*Pupillus si fari possit, licet hujus etatis sit ut*

era principalmente la estipulacion. Así en este sistema, desde que puede hablar y proferir la interrogacion ó la respuesta, puede válidamente estipular el impúbero ó aun prometer con autorizacion de su tutor: «*Pupillus, ex quo fari coeperit, recte stipulari potest*» (1).

Sin embargo, la jurisprudencia romana entró con el tiempo en una nueva senda. Era opinion de los filósofos y médicos de la antigüedad que de siete en siete años se verificaba una completa revolucion en la organizacion humana; opinion reproducida en nuestros dias en una obra célebre de Cabanis (2). Los jurisconsultos romanos tomaron de los filósofos, si no toda esta teoría, al ménos alguna cosa de ella, que introdujeron en el derecho. Así los Proculeyanos quisieron fijar uniformemente la pubertad en todos los hombres á los catorce años cumplidos (t. I, p. 215); así la edad de setenta años fué considerada más comunmente como la época jurídica de la vejez; y la de siete años cumplidos, como la edad en que el impúbero principia á tener, si no la plenitud de su juicio, al ménos alguna inteligencia de las relaciones de derecho. Si cada una de estas diversas épocas no fué desde luego sancionada por la jurisprudencia como un término general para todas las capacidades que podian á ellas referirse, lo fueron al ménos para ciertas aptitudes; por ejemplo, la edad de catorce años para la capacidad de testar (t. I, p. 215), la de setenta para la exencion de cargos públicos (*Generalizacion del derecho rom.*, pág. 57); y la de siete años, como de aptitud para contraer esponsales (3).—Sólo

causam acquirenda hereditatis non intelligat (quamvis non videatur scire huiusmodi aetatis posse, neque enim scire, neque decernere talis aetas potest, non magis quam furiosus), tamen cum tutoris auctoritate hereditatem acquirere potest; hoc enim favorabiliter ei praestatur.»

(1) Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 141. § 2. f. Gay.—44. 7. *De oblig. et action.* 1. § 13. f. Gay.: «Hic (furioso) proximus est, qui ejus aetatis est ut nondum intelligat quid agatur. Sed quod ad hunc benignius acceptum est: nam qui loqui potest, ereditur et stipulari et promittere recte posse.»—46. 6. *Rem pupilli sale. fore.* 6. f. Gay. «Servum pupilli stipulari ita necesse est, si pupillus abest, aut fari non potest. Nam si praesens sit, et fari potest: etiam si ejus aetatis erit, ut non intelligat quid agat: tamen propter utilitatem receptum est, recte eum stipulari.» Y Gay Com. 3. § 109, de donde está sacado el § 10 de nuestro texto.

(2) CABANIS: *Relaciones entre lo físico y moral del hombre*; 4 mem. *Influencia de la edad en las ideas y afectos morales*, §§ 6, 7 y 8 (t. 1, pág. 234, 236, 242, 252 y siguientes de la edición de 1824).

(3) Dig. 23. 1. *De sponsalibus*, 14. f. Modest.: In sponsalibus contrahendis, aetas contrahentium definita non est, ut in matrimonii: quapropter (et) a primordio aetatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores quam septem annis.—No es fuera de propósito observar aquí que los esponsales, como su denominacion lo indica (*sponsalia*), no se verificaban en los primitivos tiempos sino por la estipulacion quirritaria, la *sponsio*: Dig. ib. 2 y 3. f. Ulp. y Florent.

en dos fragmentos de los antiguos jurisconsultos vemos aparecer la indicacion de esta edad de siete años; nunca como la época en que el impúbero cesa de ser *infans*, es decir, principia á hablar, lo que en este sentido sería absurdo; pero siempre como la edad en que ya ha adquirido alguna inteligencia de los negocios jurídicos, y en que cesa de ser *infanti proximus*, asimilado al infante (1).

Pero bajo el imperio de Teodosio y por una constitucion de este emperador que hallamos inserta en su código, se realizó en esta materia la última modificacion. El derecho romano del Bajo Imperio se alejó cada vez más de la necesidad y predominio de las fórmulas. En la apreciacion del estado de los impúberos se fija más en el desarrollo de la inteligencia que en la facultad material de hablar. La primera circunstancia absorbe á la segunda. Y el Emperador, con motivo de la manera con que el hijo puede adquirir la herencia materna, declara fijar por su autoridad la edad de la infancia en un intervalo determinado de años (*certis annorum intervallis..... infantis filii aetatem, nostra auctoritate, praescribimus*); por manera que, ya el impúbero haya sido más precoz, ya haya sido más tardío en adquirir la facultad de hablar (*sive maturius, sive tardius, filius fandi sumat auspicia*), este intervalo será de siete años (2). Esta disposicion vuelve á confundir en una misma condicion al *infans* y al *infanti proximus*, que los jurisconsultos habian en gran parte asimilado. Desde entónces la palabra *infans* pierde su primera significacion, su significacion técnica y rigurosa; designa al menor de siete años, y así lo hallamos con-signado en una constitucion del mismo príncipe: «*Infanti, id est minori septem annis*» (3).

(1) El fragmento que precede de Modestino, y el de Ulpiano: Dig. 26. 7. *De admin. et petic. tutor.* 1. § 2.

(2) Código teodosiano, lib. 8, tit. 18. *De maternis bonis et materni generis, et cretione sublata*, 8. const. de Arcad., Honor. y Teod. «*Certis annorum intervallis, in bonorum possessione maternae hereditatis a patre poscenda aut successione amplectenda, infantis filii aetatem, nostra auctoritate, praescribimus: ut sive maturius, sive tardius filius fandi sumat auspicia, intra septem annos aetatis ejus pater aut bonorum possessionem imploret, aut qualibet actis testatione successione amplectatur. Hac vero aetate finita, filius edicti beneficium petat, vel de successione suscipienda suam exponat voluntatem, etc.*» — Compárese esta constitucion con la que tiene el núm. 4 en el mismo título del emperador Constancio y la constitucion 1 de los emperadores Teodosio y Valentiniano, lib. 4, tit. 1. *De cretione, vel bonorum possessione.*

(3) Código Justiniano, 6. 30. *De jure delib. et de aetate vel acquir. heredit.* 18. const. de Teodos. y Valentinian. «*Si infanti (id est, minori septem annis) in potestate patris..... hereditas sit derelicta: licebit parentibus ejus, sub quorum potestate est, adire ejus nomine hereditatem, vel bonorum possessionem petere..... etc.*, § 4; si autem septem annos aetatis pupillus excesserit; et priore parente mortuo, in pupulari aetati fati munus impleverit: ea obtinere praecipimus, quae

CAPILLA ALFONSINA
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

Esta última manera de considerar la edad del impúbero se ha introducido en la interpretacion general del derecho romano y en la jurisprudencia que de él han deducido las naciones modernas; el sentido real y primitivo de las palabras, la sucesion histórica por que las ideas romanas habian progresado en este punto, han sido olvidadas; y de aquí la opinion universalmente recibida: *infans* es el impúbero hasta los siete años; y por consiguiente, el *infanti proximus* es el impúbero de siete á diez años y medio (diferencia moderna, que nunca fué así comprendida entre los romanos).—Lo que hay de particular es que los textos de los antiguos juriconsultos se hallan insertos en las colecciones de Justiniano, con su significacion material y primitiva: *infans, qui fari non potest*, el que no puede todavía hablar; *infanti proximus*, el que se halla próximo á la edad en que no se habla. Nuestros dos párrafos están copiados textualmente de Gayo, tales como este juriconsulto los escribió en su tiempo (1). Y en fin, esto es bien notable. Teófilo, en su paráfrasis de estos dos párrafos, continúa dándonos la antigua significacion de *infans*, el que todavía está mamando, é *infanti proximus*, el que tiene de siete á ocho años. «*Pupillarum enim alii sunt infantes, veluti qui adhuc lactant, aut his paulo majoris: alii dicuntur proximi infanti, ut qui recte loqui incipiunt: alii sunt proximi pubertati. Et infans quidem stipulari non potest, propterea quod ne loqui quidem possit. Neque is etiam qui proximus infanti est; qualis fuerit qui septimum aut octavum annum agit. Hic enim, quamvis verba proferre possit, id tamen dijudicare non potest, quid sibi velint ea que dicuntur*» (2). Lo que prueba que en tiempo de Justiniano, y á pesar de la constitucion de Teodosio, especial para un caso particular, las ideas de los antiguos juriconsultos no se hallaban todavía completamente abandonadas.

Nec auctore quidem patre obligatur. Esto se refiere á una situacion diferente. Se trata, no del impúbero que es *sui juris*, y que por consiguiente se halla bajo tutela, sino del que es hijo de familia y se halla bajo la potestad de su padre. El padre no se halla encargado, como el tutor, de completar con su asistencia la perso-

veteribus continentur legibus: nulla dubietate relicta, quin pupillus post impletos septem annos suæ ætatis ipse adire hereditatem vel bonorum possessionem petere, consentiente parente, si sub ejus potestate sit, vel cum tutoris auctoritate, si sui juris sit, possit.... etc.»

(1) Gay. Com. 3. §§ 107 y 109.

(2) TEÓFILO, *hic*, traduccion latina de Fabrot. —Nótese que los anotadores consideraban estas definiciones de Teófilo como errores graves.

na del hijo impúbero que tiene bajo su potestad (*auctor fieri*), pues segun los principios del derecho civil, la persona de este hijo se confunde con la propia. No puede tratarse de completar (*augere*), sino lo que ya existe en parte; mas el hijo de familia bajo la patria potestad no tiene personalidad. La *auctoritas* sólo tiene verdaderamente lugar para los impúberos *sui juris*, y de parte de su tutor. Por consiguiente, el hijo de familia impúbero puede, desde que ya no es *infans*, estipular y adquirir para su padre. Pero no pudiendo tener lugar para él la *auctoritas*, hay imposibilidad de que se obligue por promesa. La regla se mantiene, áun cuando haya un peculio. Pero desde que se hace púbero, puede no sólo estipular, sino tambien obligarse, segun lo que hemos dicho ántes: «*Pupillus licet, ex quo fari cœperit, recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre, obligatur, dice Gayo, pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias obligari solet*» (1).

XI. Si *impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio.* Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est quominus existat, veluti si quis ita dixerit: SI DIGITO COELUM ATTIGERO, DARE SPONDES? At si ita stipuletur: SI DIGITO COELUM NON ATTIGERO, DARE SPONDES? *pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim petere potest.*

11. Si una condicion imposible se pone en la obligacion, la estipulacion es nula. Por condicion imposible se entiende aquella á cuyo cumplimiento se opone la naturaleza, como, por ejemplo: ¿SI TOCO AL CIELO CON EL DEDO, RESPONDES DE DARME? Pero si la estipulacion se halla así concebida: ¿SI NO TOCO AL CIELO CON EL DEDO, RESPONDES DE DARME? *La estipulacion se reputa pura y simple, y el pago puede pedirse al momento.*

Sabemos lo que es una condicion imposible; sabemos que en las disposiciones testamentarias, ya legados, ya institucion, semejante condicion se considera como no puesta, y que, por consiguiente, el legado ó la institucion subsisten como si fuesen puros y simples (tomo I, páginas 577 y 714). En los contratos, por el contrario, la condicion imposible anula el contrato. Esto es cierto, no sólo respecto de la estipulacion: «*Sub impossibili conditione*

(1) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 141. § 2. f. Gay. —Si se difiere una sucesion al hijo de familia impúbero, puede, segun una constitucion de Teodosio, hacer adiccion de ella con el consentimiento de su padre, bajo cuya potestad se halla. Cod. 6. 30. *De jure delib.*, 18. § 4. const. de Teod. y Valent. Pero no se trata aquí de *auctoritas*. El padre consiente, porque rigurosamente, y segun el estricto derecho civil, es él el heredero por medio de su hijo; aunque la introduccion del peculio adventicio haya modificado este rigor de principios en cuanto á la adquisicion.

factum stipulationem constant inutilem esse » (1); sino aún para todos los contratos : « *Non solum stipulationes impossibili conditione applicata, nullius momenti sunt: sed etiam ceteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes, impossibili conditione interposita, ceque nullius momenti sunt* » (2). En cuanto á la diferencia que hay entre los efectos de la condicion imposible en las disposiciones testamentarias y sus efectos en los contratos, sabemos que no sin controversia ha sido admitida esta jurisprudencia; que las dos escuelas de Proculyanos y Sabinianos se hallaban divididas en este punto: los primeros querian que la condicion imposible anulase las disposiciones testamentarias lo mismo que los contratos. En fin, en cuanto á las razones de esta diferencia, sabemos que es difícil darlas concluyentes (véase sobre todo esto, tomo I, p. 714), y que el mismo Gayo, por Sabiniano que fuese, lo confiesa: « *Et sane via idonea diversitatis ratio reddi potest* » (3). Meciano trata de dar una: « *Qui in ea re, dice hablando de los contratos, que ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur; quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione quam sciant esse impossibilem* » (4). Pero ¿por qué se considera más formal la voluntad del testador que sólo ha dispuesto bajo una condicion imposible? Evidentemente esto sólo se explica por el favor particular concedido á las instituciones de heredero para que los ciudadanos no muriesen intestados, y por extension á todas las liberalidades testamentarias.

Lo que acabamos de decir se aplica igualmente á la condicion contraria á las leyes ó buenas costumbres. Considerada como no puesta en los testamentos (tomo I, p. 714), es una causa de nulidad en los contratos (5).

Pure facta obligatio intelligitur. En efecto, aquí no hay verdaderamente condicion, es decir, la eventualidad de un caso futuro é incierto; es seguro que el estipulante no tocará nunca al cielo. La estipulacion es útil y al presente (*utilis et præsens est*), dice Ulpiano, en expresiones que se refieren á las de nuestro texto (6).

(1) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 1. § 11. f. Gay.

(2) Dig. ib. 31. f. Mecian.

(3) Gay. Com. 3. § 98.

(4) Dig. 44. 7. *De oblig. et act.* 31. f. Mecian.

(5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 35. § 1. Paul.: 137. § 6. f. Venul.

(6) Ib. 7. f. Ulp.

—Pero será preciso no extender esta decision á la condicion impuesta al estipulante de no hacer alguna cosa contraria á las leyes ó á las buenas costumbres: hay aquí una diferencia radical entre la condicion físicamente imposible y la condicion ilícita. Por ejemplo: ¿*Prometes tú darme cien sueldos de oro, si no incendio esta casa ó no injurio á tal persona?* La estipulacion es inútil. No puede estipularse un precio por abstenerse de un acto ilícito ó inmoral: « *Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione* », dice elegante y lacónicamente el jurisconsulto Paulo (1). Esto sería lo que llaman los romanos estipular *ex turpi causa* (véase más adelante, § 23).—Pero nada impide estipular una suma para el caso en que el promitente cometiese un acto ilícito ó inmoral; pues semejante estipulacion, en vez de ser contraria á las buenas costumbres, es favorable á ellas, segun los términos en que se halla concebida: *ex bonis moribus concepta*, dice Papiniano (2), pues amenaza á la accion ilícita con una especie de pena. Sin embargo, si las circunstancias le daban otro carácter, como, por ejemplo, si era su parte en el producto de la accion ilícita, ó el precio de su silencio ó de su adhesion lo que el estipulante se hacia prometer de esta manera, la estipulacion era nula, como hecha *ex turpi causa*.

XII. Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus; et non præsentibus esse vel se vel adversarios suos contententibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatus scripsimus: per quam disposuimus tales scripturas quæ præsto esse partes indicant, omnimodo esse credendas, nisi ipse qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per

12. La obligacion por palabras no puede contraerse entre ausentes. Mas como habia en esto un semillero de litigios para los hombres amigos de ellos, que despues de largo tiempo oponian quizá semejantes alegaciones, sosteniendo que ellos ó sus adversarios no se habian hallado presentes, hemos introducido, con el objeto de poner inmediatamente fin á dichos litigios, una constitucion dirigida á los abogados de Cesarea, por la que decimos que los escritos que contengan indicacion de la presencia de las partes merecerán entera fe, á ménos que el que tenga la improbidad de recurrir á tales medios no pruebe, del modo más evidente,

(1) Dig. 2. 14. *De pactis* 7. § 3. f. Ulp.

(2) Dig. 45. 1. 121. § 1. f. Papia. — 2. 14. *De pactis*. 50. f. Ulp.—Cod. 4. 56. *Si mancipium ita venterit, ne prostituatur*.—El fragmento de Pomponio (Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 19.) y la constitucion de Alejandro (Cod. 8. 39. *De inutil. stipul.* 2.), relativos á un caso particular, el del divorcio, y motivados por razones especiales, sirven de excepcion, pero no de obstáculo á este principio.

scripturam vel per testes idoneos adprobaverit, in ipso toto die quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis esse. ya por escritos, ya por testigos dignos de éste, que, durante todo el día en que se ha hecho el escrito, él ó su adversario se hallaban en otro lugar.

El contrato verbal no puede tener lugar entre ausentes; el motivo es evidente, pues se forma hablándose las partes (*utroque loquente*) y entendiéndose recíprocamente: «*Nec absens quidem: quoniam exaudire invicem debent*» (1). De donde se sigue que el hecho de un *alibi* era una objecion radical que podia oponerse al que invocase la existencia de semejante contrato. El texto nos expone las disposiciones tomadas por una constitucion de Justiniano para impedir el abuso de semejante medio y la frecuencia de los litigios que eran su efecto.—El contrato verbal no exige, por sí mismo, ninguna escritura, ningun modo particular de hacerlo constar. Se forma por la simple pronunciacion de las palabras, y desde entónces existe. Pero en caso de denegacion, la parte interesada suministrará la prueba de su existencia.—Para estar en el caso de hacer, siendo necesaria, esta prueba, pero sólo como medio de prueba (2), se puede extender un escrito que acredite lo que ha pasado y que se llama *instrumentum* por excelencia, como el mejor medio de instruir acerca de los hechos; ó tambien *cautio*, como una seguridad para el estipulante (véase *General. del der. rom.*, p. 99). Hallamos en diversos textos escritos semejantes, extendidos, ya por el promitente, ya regularmente por un esclavo ó por un liberto, y reconocidos como verdaderos por la firma del promitente ó de los testigos. «... *Tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondendi Numerius Negidius, etc.*» (3);—«*Tot aureos recte dari stipulatus est Julius Corpus: spondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Divus*» (4);—«... *Eaque si recta dari fuerit, fide roganti Sticho, servo Lucii Titii, promisit Callimachus*»;—«*Stipulatus est Julius Zosas; spondit Flavius Candidus dominus meus; subscripsit et dominus*» (5).—Ó bien se puede re-

(1) Dig. 41. 1. *Verb. obl.* 1. pr. f. Ulp.—Paul. Sent. 5. 7. § 2.

(2) Dig. 22. 4. *De fide instrumentorum.* 4. f. Gay. «*Fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari possit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem.*» Aunque estas palabras de Gayo no hayan sido especialmente escritas para la estipulacion, se las puede aplicar á ella.

(3) Tit. 29. § 2.

(4) Dig. 45. 2. *De duob. reis const.* 11. § 2. f. Papin.

(5) Dig. 45. 1. *Verb. obl.* 122. § 1. f. Scævola; 126. § 2. f. Paul. Lo escrito, como puede verse por estos ejemplos en su integridad, principia por la narracion de los hechos y por la indicacion exacta de las cosas prometidas.

currir á testigos que asistan al acto y puedan dar testimonio de él (1), ó en fin, á cualquiera otra especie de prueba.—El texto nos explica suficientemente las disposiciones de Justiniano en cuanto á la fe que merece el escrito que acredita la estipulacion, y en cuanto á la imposibilidad de oponer despues á semejante escrito un *alibi*, á ménos que no se trate de una ausencia durante todo el día de la estipulacion (*toto eo die*), y que esta ausencia no se hallase acreditada por las pruebas más claras y patentes (*liquidis ac manifestissimis probationibus*); ó mejor, por escrito (*vel per scripturam*); ó por testigos dignos de toda fe y ninguna tacha (*vel per testes undique idoneos, et omni exceptione majores*). Tales son los términos de la constitucion de Justiniano (2).

XIII. Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post ejus mortem a quo stipulabatur. *Ac nec is qui in alicujus potestate est, post mortem ejus stipulari poterat, quia patris vel domini voce loqui videtur.* Sed et si quis ita stipuletur: *PRIDIE QUAM MORIAR vel PRIDIE QUAM MORIERIS DABIS, inutilis erat stipulatio.* Sed cum (ut jam dictum est) ex consensu contrahentium stipulationes valent, placuit nobis etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem; ut sive post mortem, sive, pridie quam morietur stipulator sive promissor, stipulatio concepta est, valeat stipulatio.

13. Ninguno podia estipular que se le diese despues de su muerte ni tampoco despues de la muerte del prominente. Y aun el que se halla bajo la potestad de otro no puede estipular que se le dará despues de la muerte de este último, porque se juzga que habla por boca de su padre ó de su señor. La estipulacion así concebida: ¿ME DARÁS LA VÍSPERA DE MI MUERTE Ó LA VÍSPERA DE TU MUERTE? era igualmente inútil. Pero así como ya hemos dicho que del consentimiento de los contratantes procede la validez de las estipulaciones, hemos tenido á bien introducir en esta parte del derecho una necesaria correccion. En su consecuencia, concebida, ya para el tiempo posterior á la muerte, ya para la víspera de la muerte del estipulante ó del promitente, la estipulacion no será por eso ménos válida.

Se trata aquí de algunas sutilezas excesivas de la jurisprudencia romana. La estipulacion, cuya accion se diferia hasta despues de la muerte, ya del estipulante: «*POST MORTEM MEAM DARI SPONDES?*», ya del promitente: «*QUUM MORTUUS ERIS, DARI SPONDES?*», era nula. Y Gayo nos da la razon: «*Nam inelegans esse*

(1) Cod. 4. 21. *De fide instrum.* 15. const. de Constantin.—4. 19. *De prob.* 12. const. de Diocl. y Maxim.

(2) Esta constitucion del año 531 se halla inserta en el Código: 8. 33. *De contrah. et comitt. stipul.* 14.

CAPILLA ALFONSIANA
BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

vissum est ex heredis persona incipere obligationem» (1); motivo que se nos había ya dado en el Código por la constitucion de Justiniano: «*Ab heredibus enim incipere actiones, vel contra heredes, veteres non concedebant*» (2). Habia parecido á los antiguos falto de elegancia, es decir, contrario al orden regular, admitir como válidas acciones que sólo eran creadas para principiar, ya en pro, ya en contra de los herederos. Sin embargo, bajo la antigua jurisprudencia se había evitado, en parte, la aplicacion de esta regla, con el auxilio de un adjunto particular llamado *adstipulator*, que se daba en la estipulacion, como ya hemos dicho, y del que trataremos en breve circunstanciadamente. Pero Justiniano suprime la misma regla y decide que las acciones puedan principiar en la persona de los herederos, ya por ellos, ya contra ellos: «*Ut liceat ab heredibus et contra heredes incipere actiones; ne propter nimiam subtilitatem verborum, latitudo voluntatis contrahentium impediatur*» (3). En su consecuencia, las estipulaciones de que se trata fueron en adelante válidas.

Nec is qui alicujus potestate est. El esclavo no podia estipular así: ¿PROMETES DAR DESPUES DE LA MUERTE DE MI SEÑOR? Ni el hijo de familia..... ¿DESPUES DE LA MUERTE DE MI PADRE? pues la estipulacion adquirida al padre de familia no produciria accion sino despues de su muerte. La reforma de Justiniano se aplica á este caso lo mismo que al otro.

PRIDIE QUAM MORIAR? vel PRIDIE QUAM MORIERIS? Era una consecuencia todavía más sutil de la sutileza anterior. Gayo nos manifiesta el motivo de la nulidad en este caso: «*Quia non potest aliter intelligi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit: rursus morte secuta, in præteritum reducitur stipulatio, et quodammodo talis est: HEREDI MEO DARI SPONDES? Que sane inutilis est*» (4). Decision que por lo demas no le parecia apénas razonable: «*Quod non pretiosa ratione receptum videtur*», dice en otra parte (5). Por consecuencia de la constitucion de Justiniano, esta segunda sutileza desapareció con la primera.—Por lo demas, ya hemos visto los mismos principios, y los hemos explicado al tratar de los legados (tomo I, p. 716).

(1) Gay. Com. 3. § 100.

(2) Cod. 4. 11. *Ut actiones et ab heredibus et contra heredes incipient.* Constitucion única.

(3) Cod. ib.—Y tambien Cod. 8. 38. *De contrah. et comm stip.* 11. Const. de Justinian.

(4) Gay. Com. 3. § 100.

(5) Gay. Com. 2. § 232.

XIV. Item si quis ita stipulatus erat, SI NAVIS EX ASIA VENERIT, HODIE DARE SPONDES? inutilis erit stipulatio, quia præpostere concepta est. Sed cum Leo, inclytæ recordationis, in dotibus eandem stipulationem quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimavit, nobis placuit et huic perfectum robur accommodare: ut non solunt in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.

14. Una estipulacion semejante: SI TAL NAVIO LLEGA DE ASIA, ¿PROMETES DARME HOY? sería inútil, porque se halla concebida de una manera prepóstera. Pero habiendo querido Leon, de gloriosa memoria, que semejante estipulacion, llamada prepóstera, no fuese rechazada en materia de dote, hemos tenido á bien darle toda la fuerza necesaria: de tal manera que sea válida, no sólo en las dotes, sino tambien en cualquiera otra materia.

La nulidad de la estipulacion hecha bajo una condicion prepóstera, es decir, en la que se ha puesto ántes (*præ*) lo que debia estar despues (*post*), procedia en la antigua jurisprudencia de una excesiva y rigurosa apreciacion de las palabras. El carácter especial de semejante estipulacion consiste en que el término fijado para el pago es anterior al cumplimiento de la condicion; se promete pagar ántes de estar obligado á ello: «¿PROMETES DARME HOY, SI TAL NAVE LLEGA DESPUES?» Justiniano no se fija ya en la irregularidad de las palabras; extiende á los testamentos y á todos los contratos lo que el emperador Leon habia ya hecho, por una concesion especial, en materia de dotes. Por consiguiente, el acto será válido, pero el pago no podrá demandarse sino despues del cumplimiento de la condicion: «*exactione videlicet post conditionem vel diem competente*» (1).

XV. Ita autem concepta stipulatio, veluti si Titius dicat: CUM MORIAR, DARE SPONDES? vel CUM MORIERIS? et apud veteres utilis erat, et nunc valet.

15. Una estipulacion así hecha, como si Ticio dijese: ¿PROMETES DARME CUANDO YO MUERA ó CUANDO TÚ MUERAS? era válida entre los antiguos, y lo es todavía hoy.

Distincion sutil entre el momento mismo de la muerte, CUM MORIAR CUM MORIERIS, y el tiempo posterior á la muerte, POST MORTEM MEAM, CUM MORTUUS ERIS. En el primer caso debia tener origen la accion, ya para el estipulante, ya contra el promitente, en su persona misma y en vida de ellos; porque en el momento que se muere, se vive todavía: «*Non post mortem..... sed ultimo*

(1) Cod. 5. 23. *De testam.* 25. const. de Justinian.—El sentido racional que podria darse á la estipulacion prepóstera, en la intencion de las partes, no sería que, cumpliéndose con posterioridad la condicion, el pago se efectuaría, tanto para los frutos ó en los intereses, cuanto en los demas accesorios, como si este pago hubiese debido hacerse en el mismo día de la estipulacion.