



1 XXXIII
A - 3

ACADEMIA

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

BIBLIOTECA

Núm.

9460

Estante

~~3. G.~~

Tabla

OBSERVACIONES

1894

Romero

RECITACIONES
DEL DERECHO CIVIL

SEGUN EL ÓRDEN DE LA INSTITUTA.

IMPRESA DE MORALES, CALLE DE FURSTENBERG, N.º 8.

Manuscript

RECITACIONES

DEL DERECHO CIVIL

SEGUN EL ORDEN DE LA INSTITUCION

IMPRESA DE MOESSARD, CALLE DE FURSTEMBERG, N. 8.

4-8

~~1/13239~~

RECITACIONES

DEL DERECHO CIVIL,

SEGUN EL ÓRDEN DE LA INSTITUTA,

ESCRITAS EN LATIN

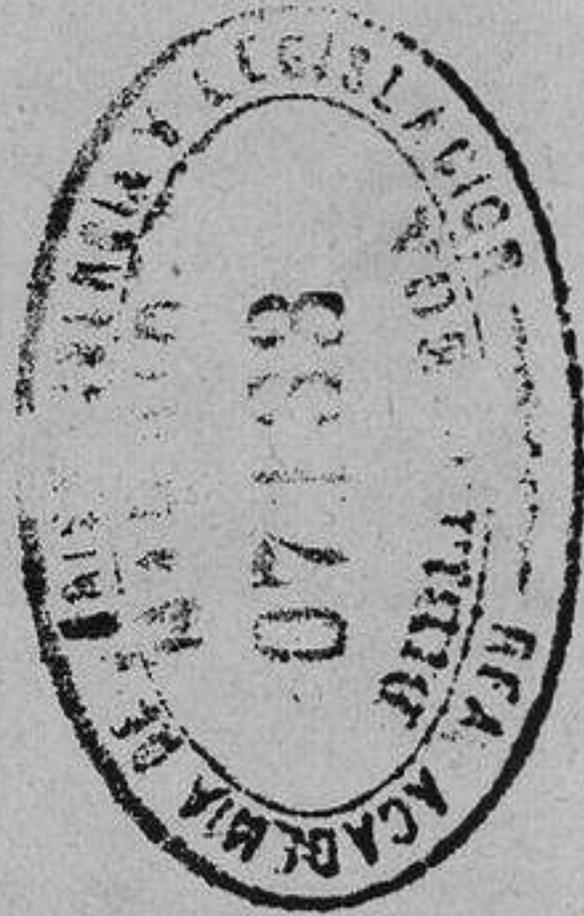
POR J. GOTTL. HEINECCIO.

TRADUCCION DE D. LUIS DE COLLANTES,

REVISADA Y CORREGIDA

POR DON VICENTE SALVA.

TOMO PRIMERO.



PARIS,

LIBRERÍA DE LOS SS. DON VICENTE SALVÁ É HIJOS,

CALLE DE LILLE, N° 4.

1837.

RECITACIONES

DEL DERECHO CIVIL

SEGUN EL ORDEN DE LA INSTITUTA

ESCRITAS EN LATIN

POR J. GOTTL. HEIMBERG

TRADUCCION DE D. JUAN DE HERRERA

REVISADA Y CORREGIDA

POR DON VICENTE SALVA

TOMO PRIMERO



PARIS

LIBRERIA DE LOS SS. DON VICENTE SALVA Y HERNA

CALLE DE MILAN, N.º 1

1837

ADVERTENCIA

DEL EDITOR.

Es tan célebre el nombre de Heineccio entre los jurisconsultos, y sobresalen tantó entre todas sus obras las *Recitaciones del Derecho civil segun el órden de la Instituta*, que generalmente se estudia por ellas en nuestras escuelas el Derecho romano. Sin embargo no debiendo mirarse este mas que como el fundamento de las leyes que rigen á casi todas las naciones de Europa, y no habiendo ninguna que lo haya adoptado estricta y exclusivamente, hizo bien Heineccio en observar al fin de cada tratado las diferencias ó conformidad suya respecto del Derecho aleman, al cual debian dedicarse con mayor particularidad sus discípulos. Esta parte es cabalmente la que ménos puede servir á nuestros jóvenes, para quienes conviene establecer igual comparacion con nuestras leyes. Por eso en la presente traduccion suprimió con estudio el que la hizo, todos los párrafos concernientes al Derecho germánico, sustituyendo en las notas del fin de cada tomo la doctrina respectiva de la legislacion española, al mismo tiempo que en las que van puestas al pié de las páginas dió noticia de varias antigüedades de los romanos, sin cuyo conocimiento es imposible adquirirlo de la equidad y conveniencia de algunas de sus disposiciones legales. Con el propio designio agregó al fin del tomo primero una disertacion de Boehmero sobre la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento, entre las notas del segundo los trece

títulos primeros de las *Antigüedades* del mismo Heineccio relativos al modo de suceder, y en el primer apéndice del tercero varias nociones sobre la posesion y su naturaleza segun la jurisprudencia romana.

¡ Ojalá hubiera sido igualmente feliz en la empresa que acometió de poner en castellano las *Recitaciones*, para allanar su conocimiento á los que encuentren alguna dificultad en comprenderlas por estar escritas en latin! Pero su tarea está desempeñada con tan poco cuidado, que no solo abundan los pasajes pésimamente traducidos, de cuya clase nos presentan ejemplos los párrafos 344, 463, 466, 493, 495, 499, 530, 535, 540, 599, 603, 659, 669, 869, 896, 1039, 1046, 1061, 1101, 1120, 1166, 1209, 1219, 1223, 1257, 1310, 1340, 1346, 1356, 1359, 1369, el 9 de la disertacion de Boehmero, y el 3 del título IX y 3 del título X de lo que se copia de las *Antigüedades* en el tomo segundo; sinó que ha saltado algunos trozos, como se ve en los párrafos 313, 317, 334, 411, 498, 520, 593, 666, 898, 935, 1047, 1141, 1175, 1316, y en otros, bien por inadvertencia, bien por temor de la dificultad, dejándose ademas sin traducir citas mui largas, cuales se hallan en los párrafos 750, 774 y 808.

Se han rectificado todos estos defectos de la traduccion y las infinitas citas de la obra, con presencia del testo de Heineccio de la edicion de Ginebra de 1771; pero como no me ha sido posible consultar la disertacion latina de Boehmero, quedan en ella algunos períodos oscuros, á pesar de mi conato por dejarlos al alcance de los lectores.

Igual negligencia que en la traduccion se advierte en el lenguaje de las notas añadidas al fin de los tomos, por manera que no ha habido ménos que variar en ellas, segun lo comprueban las que se refieren á los párrafos 837, 879, 887, 924, 940 y 1062. Ha sido

tambien preciso restituirá su verdadera lectura los lugares que se copian de las *Partidas* ó de la *Novísima Recopilacion*, que estaban desfigurados á vezes de un modo lastimoso.

Con otro obstáculo he tenido que luchar al reimprimir esta obra, debido al abandono con que han sido hechas las dos ediciones de Madrid y la de Valencia, abandono mucho mayor de lo que nadie puede figurarse. Los lectores que no las hayan manejado, apénas podrán creer que se hallan con bastante frecuencia *aficion* por *afeccion*, *arca* por *área*, *cansarse* por *casarse*, *casa* por *cosa* ó al reves, *Castor y Palas* por *Cástor y Pólux*, *ciencia* por *Cincia*, *condicion* por *condicción* centenares de vezes, *constituciones* por *instituciones*, *decidir* por *dividir*, *denominacion* por *dominacion*, *dominar* por *denominar*, *equivocacion natural* por *equidad natural*, *grados* por *prados*, *integra* por *intriga*, *intencion* por *detencion*, *legítimo* por *ilegítimo*, *preciosas* por *precisas*, *preferido* por *prefnido*, *preferidos* por *preteridos*, *prestarse* por *presentarse*, *príncipe* por *pontífice*, *recibirá* por *repartirá*, *reconvenga* por *prevenga*, *restinguió* por *restringió*, *seguida* por *segundo*, *sigue* por *exige*, *una* por *usa*, *venidero* por *vendedor*, *viéndose* por *vendiéndose*, y otras erratas por este estilo, que hacen ver que no había mas corrector que el cajista, y que este ponía la palabra que se le antojaba, cuando no entendía bien lo que decía el original. Ni se crea que se limitan á lo dicho los errores tipográficos, pues de mayor bulto es que se diga en el párrafo 79, «*consiste bajó que el hombre esté en el dominio*» en lugar de, *consiste en que el hombre esté bajo el dominio*; y de mucho mayor que en la nota al §. 917 haya una línea duplicada, otra en el §. 1316, dos y media en el §. 1º del título VIII de lo que se copia de las *Antigüedades* al fin del tomo segundo, y que se ha-

yan saltado tres ó cuatro renglones en la nota al §. 924.

Hasta las láminas estaban equivocadas, pues algunas no se atemperaban á la doctrina del autor, por lo que han tenido que variarse las figuras 18, 23 y 28 de la lámina segunda, y añadirse la 12^a que faltaba por entero en la lámina tercera. Lo mas singular es que en casi todos estos desatinos caminan acordes la edicion valenciana de 1833, que debió hacerse en vista de la primera de Madrid, y la última de 1835 publicada tambien en la corte. Fácil es calcular cuán poco podría descansarse en impresiones tan mendosas, y que habrá sido necesario rever toda la obra con el mayor escrúpulo.

Deseoso de que nada falte á esta edicion de cuanto contiene de alguna importancia la última matritense, he retenido el discurso que va al frente del tomo primero *sobre la necesidad del estudio del Derecho romano*, el *Compendio histórico del mismo* por Mr. Dupin, que se pone á continuacion, y todo lo que se halla en los apéndices al fin del tomo tercero, si bien variando el orden de los tratados, omitiendo lo que allí se decía sobre los *retractos* y los *censos* para no repetir lo que está latamente explicado en la pág. 241 y sigg. del mismo tomo, intercalando en su lugar la doctrina *sobre los mayorazgos*, que era un verdadero pegote despues de las notas de dicho volúmen, y formando de nuevo bajo un sistema ordenado la *Biblioteca para el que se dedique al estudio del Derecho romano*, pues el *cátologo* que había, ni es el de Struvio que suele colocarse al fin de las ediciones venecianas, ni podía servir para tal objeto, siendo una mezcla indigesta de todos los ramos del Derecho, no circunscribiéndose al romano, y no pudiendo distinguir siquiera el lector, si las obras cuyos títulos se ponen en español, están en frances ó se hallan ya traducidas.

A estas novedades esenciales me ha parecido conveniente agregar las de dividir los volúmenes de modo que resultasen iguales; uniformar la ortografía, emplear siempre las mismas abreviaturas (cuya esplicacion se añade al fin de esta advertencia), y distinguir con letra cursiva las definiciones y las palabras ó frases notables con arreglo á lo que practicó el mismo Heineccio. Sin embargo como yo no he cuidado la edicion desde que se principió, hallándome entonces ausente y distraido en otras atenciones de mui diversa naturaleza, se hallará algun ligero descuido en el tomo primero y en parte del segundo, v. gr. el leerse *Heinecio* por *Heineccio*, *XII tablas* por *XII Tablas*, *derecho* por *Derecho*, no designándose el que se tiene á una cosa etc., etc. Por igual motivo ocurren con ménos frecuencia las correcciones en dicha primera mitad, pues teniéndolas que remitir por el correo me limitaba á las mas principales, mientras que en lo demas, sobre todo en el tomo último, apénas hai cláusula que no esté variada sustancial ó accidentalmente. Quizá me hubiera costado ménos hacer una nueva traduccion, que siempre hubiera quedado mas arreglada á mi gusto. Pero lo que se ha hecho, basta para que la presente adicion ofrezca infinitos ménos tropiezos y erratas que las tres que ántes de ahora se habían dado á luz de la traduccion castellana de esta obra, clásica entre las elementales de nuestras universidades.

Paris, 18 de octubre de 1837.

ESPLICACION

DE LAS ABBREVIATURAS

EMPLEADAS EN ESTA OBRA.

| | |
|---------------------------------------|---|
| <i>ff.</i> | Pandectas. |
| <i>D.</i> | Digesto. |
| <i>C.</i> | Código. |
| <i>Inst.</i> | Instituta. |
| <i>Nov.</i> | Novelas. |
| <i>X.</i> | Cuerpo del Derecho canónico. |
| <i>P. ó Part.</i> | Partida. |
| <i>Nov. Rec. ó Novis. Recopil.</i> | Novísima Recopilacion, |
| <i>L.</i> | lei. |
| <i>SC.</i> | Senadoconsulto. |
| <i>pr.</i> | al principio. |
| <i>fin.</i> | hacia el fin. |
| <i>pen.</i> | penúltimo. |
| <i>un.</i> | único ó única. |
| <i>d.</i> | dicho ó dicha. |
| <i>seq.</i> | siguiente ó siguientes. |
| <i>ad h. t. (ad hunc titulum).</i> | á este título. |
| <i>h. t. (hoc titulo).</i> | en este título. |
| <i>l. c. (loco citato).</i> | lugar citado. |
| <i>eod. (eodem).</i> | en el mismo lugar ó título. |
| <i>p. m. (pagina mihi).</i> | en la página para mí ó en la edicion que yo tengo. |
| <i>V.</i> | Véase. |

ÍNDICE

DEL TOMO PRIMERO.

| | | |
|--|-------------|-----------|
| <i>Discurso preliminar sobre la necesidad del estudio del Derecho romano</i> | <i>Pág.</i> | <i>1</i> |
| <i>Compendio histórico del Derecho romano desde Rómulo hasta nuestros días, por Mr. Dupin.</i> | | |
| <i>Cap. I. Derecho romano en tiempo de los reyes . .</i> | | <i>17</i> |
| <i>Cap. II. Derecho romano hasta las XII Tablas .</i> | | <i>18</i> |
| <i>Cap. III. Derecho romano desde las XII Tablas hasta el tiempo de Augusto</i> | | <i>20</i> |
| <i>Cap. IV. Derecho romano desde Augusto hasta Constantino</i> | | <i>27</i> |
| <i>Cap. V. Derecho romano desde Constantino hasta Justiniano.</i> | | <i>36</i> |
| <i>Cap. VI. Composición del cuerpo del Derecho . .</i> | | <i>40</i> |
| <i>Cap. VII. Cuál fué despues de Justiniano la suerte de su legislación.</i> | | <i>44</i> |
| <i>Cap. VIII. Derecho romano en el siglo XIX, y de su autoridad.</i> | | <i>52</i> |

RECITACIONES.

| | |
|------------------------------------|----------|
| <i>Proemio del autor</i> | <i>1</i> |
|------------------------------------|----------|

LIBRO PRIMERO.

| | |
|--|-----------|
| <i>Tít. I. De la justicia y del Derecho.</i> | <i>27</i> |
| <i>Tít. II. Del Derecho natural, de gentes y civil . .</i> | <i>41</i> |
| <i>Tít. III. Del derecho de las personas.</i> | <i>82</i> |
| <i>Tít. IV. De los ingenuos</i> | <i>89</i> |

| | |
|---|-----|
| <i>Tit. V. De los libertinos.</i> | 91 |
| <i>Tit. VI. Quiénes no pueden manumitir, y por qué causas se les prohíbe.</i> | 103 |
| <i>Tit. VII. Lei Fusia Caninia revocada.</i> | 109 |
| <i>Tit. VIII. De los que son dueños de sí mismos (sui juris), y de los que están sujetos á potestad ajena (alieni juris).</i> | 111 |
| <i>Tit. XIX. De la patria potestad.</i> | 113 |
| <i>Tit. X. De las nupcias.</i> | 120 |
| <i>Tit. XI. De las adopciones.</i> | 139 |
| <i>Tit. XII. Modos de acabarse el derecho de patria potestad.</i> | 151 |
| <i>Tit. XIII. De las tutelas.</i> | 159 |
| <i>Tit. XIV. Quiénes pueden ser nombrados tutores en testamento.</i> | 168 |
| <i>Tit. XV. De la tutela legítima de los agnados.</i> | 174 |
| <i>Tit. XVI. De la capitis-diminucion.</i> | 178 |
| <i>Tit. XVII. De la tutela legítima de los patronos.</i> | 183 |
| <i>Tit. XVIII. De la tutela legítima de los padres.</i> | 184 |
| <i>Tit. XIX. De la tutela fiduciaria.</i> | 185 |
| <i>Tit. XX. Del tutor atiliano y del que se da por la lei Julia y Ticia.</i> | 187 |
| <i>Tit. XXI. De la autoridad de los tutores.</i> | 192 |
| <i>Tit. XXII. De qué modos se acaba la tutela.</i> | 199 |
| <i>Tit. XXIII. De los curadores.</i> | 205 |
| <i>Tit. XXIV. De las fianzas de los tutores ó curadores.</i> | 215 |
| <i>Tit. XXV. De las excusas de los tutores y curadores.</i> | 223 |
| <i>Tit. XXVI. De la remocion de los tutores y curadores sospechosos.</i> | 236 |
| <i>Notas.</i> | 244 |
| <i>Disertacion de Justo Heningio Boehmero sobre la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento.</i> | 264 |
| <i>Continuacion de las notas.</i> | 312 |

DISCURSO PRELIMINAR

SOBRE LA NECESIDAD DEL ESTUDIO

DEL DERECHO ROMANO ,

POR D. G. M. P.

Pocas cuestiones se pueden ofrecer en el vasto campo de las discusiones legales, que hayan tenido á la vez tantos antagonistas y tantos apasionados como la de la necesidad de estudiar el derecho romano, para ser un buen legista y consumado jurisconsulto. Hasta mediados del siglo pasado, era opinion generalmente recibida, que él debía formar la principal ocupacion del abogado ; y al decidirse casi todos por las leyes romanas y por las sentencias de los jurisconsultos de aquella célebre nacion, no se tenían, compraban, ni registraban mas libros que los comentadores de ellas. Los Bártulos y Báldos eran consultados á cada paso, y con mucha mas frecuencia que los escritores de la jurisprudencia nacional. Era tanto el respeto que merecía su doctrina, que llegó á reputarse heregía legal el separarse de sus decisiones. No parezca extraño este proceder y modo de pensar, si se reflexiona que en las primeras y mas célebres universidades de Europa la legislacion de Roma era la única en que se instruía á todos los que concur-

rían á ellas; y en las de nuestra nacion no hubo ni se enseñó el derecho Real de España hasta hace mui poco tiempo, en que ministros celosos, conociendo la necesidad de una cátedra para esplicar las leyes de nuestra patria, señalaron en los planes de estudios varios años á tan importante ocupacion. Los que habían estudiado y concurrido á Bolonia y demas universidades de Italia y Alemania trataron siempre de sostener lo que habían oido á sus maestros y profesores, generalizando así una opinion, que quien se separaba de ella era tenido por de cortas luces y alcances en la carrera legal.

Unas ideas tan arraigadas, y un sentir tan comun y general, parece debiera ser perpetuo si las opiniones de los hombres no mudasen á influjo del tiempo y de otras mil circunstancias que las cambían á cada paso. En todas las cosas los extremos son viciosos y reprensibles, y ellos en lo moral, en lo político, en lo intelectual y en lo material, causan los trastornos, los extravíos, los sistemas, las quimeras y paradojas que vemos diseminados en el campo de las ciencias físicas, políticas y morales. El hombre cuando no escucha la voz de la filosofía, y sin colocar las cosas bajo el verdadero punto de vista donde debe verlas, se arroja á formar ideas, crear opiniones, erigir axiomas, sin mas mérito ni otro análisis que las primeras impresiones, impulsado de que otros lo sienten así; pasa con rapidez de un punto á otro despreciando hoi lo que ántes sostenía con eficacia, y condena y reprueba como error perjudicial la sentencia que ayer clasificaba como dogmática, evidente y de

primera demostracion. ¡Cuántas veces persigue casi con la espada en la mano el partido literario que ántes ciego y entusiasta abrazara sin reflexion! Un ser degradado vagando de contradiccion en contradiccion, y espuesto al viento de mil opuestas opiniones, es el hombre que sin consultar á su razon, ántes de decidirse por esta ú la otra, adopta la que ve seguida por la generalidad, tan indiscreta como él.

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

que les ausilie en sus dudas. Entónces es para ellos el santuario mas digno de respeto un lugar, que aun no había pasado una hora desde que miraban como profano y sacrílego al acercarse á él.

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

Entrando en el exámen y pruebas de esta asercion, si hubiésemos de apoyar nuestro dictámen en autoridades respetables, no se sabe quien pueda citar mas en confirmacion de la utilidad y necesidad, en el sentido que dejamos espuesto, del estudio del derecho romano. Los mas célebres jurisconsultos, los abogados de mayor nombradía, los legisladores mas sabios acuden á él en sus escritos, defensas, discursos, apoyando sus enunciativas con

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

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

Razones de otra naturaleza mas evidentes y demostrables, que no se deducen de la autoridad comun, persuaden la verdad que vamos demostrando. Estas mismas tienen presentes los príncipes cuando mandan y prescriben en los reglamentos generales de educacion pública que se estudie el

derecho romano, señalando varios años y asignativas para verificarlo, anteponiendo estos á los demas, como que son las guias para conducir á los jóvenes á que con mas claridad lleguen á comprender el sentido y espíritu de las leyes de su país. Dígase lo que quiera del derecho romano, á los ojos del hombre reflexivo y meditador siempre será la razon ilustrada en su mayor grado de cultura, reducida á las leyes escritas la moral mas pura que el autor de la naturaleza escribió en el corazon del hombre : él es siempre una jurisprudencia universal, los primeros y mas sublimes principios de equidad y justicia, metodizados por una nacion que parece que el cielo la había criado para dominar eternamente sobre los demas pueblos por su razon y sabiduría. Sus leyes al parecer son aplicables á todos los tiempos, países y personas, por cuanto los sabios formadores de ellas mas bien cuidaron de fijar en sus códigos los arcanos generales de la justicia, que de entrar en minuciosidades y preceptos particulares, que son obra de las circunstancias, de las condiciones y de la diversidad de personas. Todo respira en él aquella elevacion de sabiduría, aquella profundidad de buen sentido, y por decirlo todo en una palabra, aquel espíritu de legislacion, que fué el carácter propio y singular de los señores de mundo. Como si los grandes destinos de Roma no estuviesen aun cumplidos, todavía reina en toda la tierra por su razon, despues de haber reinado por su autoridad. No se diría en efecto sinó que la justicia solo ha revelado sus misterios á los jurisconsultos romanos. Legis-

ladores, todavía mas que jurisconsultos, unos simples particulares en la oscuridad de una vida privada merecieron por la superioridad de sus luces dar leyes á toda su posteridad. Leyes tan extendidas como durables, todas las naciones las consultan aun al presente, y todas reciben de ellas respuestas de eterna verdad. No les basta á los jurisconsultos romanos haber interpretado la lei de las XII tablas y el edicto del pretor; ellos son los mas seguros intérpretes de nuestras mismas leyes, ellos acomodan, por decirlo así, su genio á nuestros usos, su razon á nuestras costumbres, y por los principios que nos dan nos sirven de conductores, aun cuando caminamos por una senda desconocida para ellos. Así se esplica con oportunidad sobre la legislacion de Roma el mas célebre canciller de los franceses.

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

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

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

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

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

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

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

(*) Villafañez, discursos sobre el derecho, manuscritos.

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

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

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

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

Algunos antagonistas del derecho romano, mas prudentes que otros, pretenden relevar á los jóvenes de su estudio, presentándoles unas instituciones para las escuelas, filosóficas y mas metódicas que las que tenemos, en que estudien las leyes con nociones sacadas del derecho romano. Prescindiendo de que carecemos de un libro tan necesario como interesante, ni aun en este caso sería inútil el estudio del derecho romano. Los jóvenes, circunscribiéndose á lo que solo habían visto en las instituciones, no sabrían elevarse á las fuentes verdaderas donde tomar el hilo de sus racionios y demostraciones jurídicas, ni penetrar el fundamento y motivo de varias leyes; es decir, carecerían de filosofía legal, cuya ciencia sin la menor ponderacion está vinculada á la legislacion romana. Despues de tantos elogios y encomios como llevamos hechos de ella, no se crea se pretende eximir-la de defectos. Ciertas manchas oscurecen su brillo en algunas partes. Obra de los hombres, y de los hombres constituidos en diversas posiciones, mandados por diferentes autoridades, unos dias libres, otros esclavos, un siglo bajo cónsules, otro bajo emperadores, preciso es que se resienta de algu-

nos vicios y defectos anejos á las legislaciones de los hombres mas célebres. Por lo demas siempre será un derecho comun, una justicia unìversal, cuyo estudio no cesaremos de recomendar: y porqué en nuestra patria están señalados varios cursos al intento, presentamos traducidas, las Recitaciones de Heinecio, cuyo mérito es superfluo recomendar despues que de todos es sabida la aceptación que han tenido las obras de este gran jurisconsulto.

COMPENDIO HISTÓRICO DEL DERECHO ROMANO

DESDE RÓMULO HASTA NUESTROS DIAS,

POR M. DUPIN.

CAPÍTULO I.

Derecho romano en tiempo de los reyes.

Roma formada, por decirlo así, por aluvion, y compuesta en su origen de una multitud de bandidos; que hacían de ella mas bien una guarida que una ciudad, no tuvo en sus principios ninguna lei escrita.

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

Esta voluntad se manifestaba por *edictos*.

Mas sea que esta forma de gobierno degenerase desde entónces en arbitrariedad, ó que desagradase á un pueblo, siempre avaro de una libertad de que no sabía gozar, él pidió leyes.

Desde este momento los reyes comenzaron á consultar al pueblo, y el resultado de la voluntad general hacía la *lei*.

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

Los reyes mismos debían someterse á su decision, como Tácito lo observa de Servio Tulio: *qui præcipuus sanctor legum fuit, queis etiam reges obtemperarent.* Annal. lib. 3. c. 26.

CAPÍTULO II.

Derecho romano hasta las XII tablas.

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

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

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

Bruto, empero, había hecho jurar al pueblo mantenerse eternamente en su libertad, y la máxima fundamental de la república era mirar esta libertad como una cosa inseparable del nombre romano.

Un pueblo nutrido con este espíritu de independencia; digamos más, un pueblo que se creía nacido para mandar á los otros pueblos, y á quien Virgilio llama por esta razon un pueblo rei, no quería recibir leyes sinó de sí mismo.

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

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

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

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

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

Tales fueron las leyes de las XII tablas, que Tito Livio llama *fons universi publici privatique juris*; y que Ciceron prefiere á todas las bibliotecas de los filósofos, *omnibus omnium philosophorum bibliothecis anteponendum opus*; conjunto admirable de lo mas sabio que tenían las antiguas costumbres de los romanos, y de lo mejor que se había traído de los griegos: *tum*

ex græcorum jure, tum ex patriis consuetudinibus. Dionis. Halicarn. X. 66.

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

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

Sabios hai que aconsejan principiar el estudio de la jurisprudencia por el de estas leyes, que efectivamente nos descubren el origen de muchas instituciones; pero otros, á cuya opinion suscribo, piensan al contrario, que este estudio no es bueno sinó para los que quieran profundizar la ciencia, y de consiguiente que debe decirse al vulgo:

Procul, oh procul este, profani!

CAPÍTULO III.

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

Los romanos gozaban ya de aquel código que tanto habían apetecido; pero el impulso estaba dado: la lucha del senado y el pueblo se renovaba todos los dias; y era imposible que las leyes dejasen de resentirse de este desorden. Cuanto mas hablaban los legisladores, mas mudas estaban las leyes; las cuales se multiplicaron

á lo infinito , y desde entónces pudo decirse : *corruptissimá republicá plurimæ leges*. Tacit. *Annal.* III. 27.

Los magistrados plebeyos intentaron muchas veces despojar á los patricios, no solamente de sus honores, sinó de sus bienes : los patricios por su parte , sostuvieron que los plebísцитos no les eran obligatorios. De aquí aquellos celos furiosos entre el senado y el pueblo , entre patricios y plebeyos : los unos alegando que la libertad excesiva se destruye al fin por sí misma ; y los otros, temiendo por el contrario que la autoridad, que por su naturaleza es siempre progresiva , no degenerase por último en tiranía. De aquí aquellas retiradas de los plebeyos sobre el monte Aventino y el Janículo ; y aquella transaccion política que sometió los patricios á la autoridad de los plebísцитos ; *ut plebiscita omnes Quirites tenerent*. Aulus Gellius, *Noct. Att.* l. 15. cap. 27.

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

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

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

Se conoce por lo mismo el interes que debían tener en ocultar al pueblo la vista de esta nueva cadena ;

pero hacia el año 449 perdieron esta ventaja. Cn. Flavio, que era el secretario ó amanuense de Apio Claudio el ciego, pudo sorprenderle estas fórmulas, se las robó, y reuniéndolas en un cuerpo, las puso en noticia del pueblo, que en recompensa le condecoró con el título de *Edil*. Y esta coleccion de fórmulas se llamó *Jus Flavianum*.

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

A pesar de todo esto los patricios conservaban aun en sus manos dos armas poderosas: *Interpretatio, et disputatio fori*.

Las leyes de las XII tablas habían sido escritas con mucha concision: *elegantí, atque absolutá brevitáte verborum*, Gellius lib. 20. cap. 1. Decían mucho en pocas palabras, pero no lo decían todo. Así los patricios, por medio de las interpretaciones que forjaban, sacaban de ellas por via de induccion decisiones nuevas que no resultaban siempre del testo, y de aquí provino que no solamente se les llamaba *interpretes*, sino tambien *auctores et conditores juris*. Cujac. obs. VII. 25.

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

Los patricios, que como se ha dicho ejercían exclusivamente la profesion de jurisconsultos, se guardaban bien de iniciar á los plebeyos en los misterios de su arte: *in latenti jus civile retinere cogitabant, solumque consultatoribus potius quam discere volentibus se præstabant*. Pero Tiberio Caruncanio, que no aprobaba semejantes arterías, enseñó públicamente esta ciencia, hasta entónces misteriosa, haciendo por un rasgo de su generosidad que la jurisprudencia no fuese por mas tiempo el patrimonio especial de los patricios. Cualquiera pues podía ser jurisconsulto; pudiendo desde entónces decirse con verdad:

Tamen imã plebe quiritem

Facundum invenies: solet hic defendere causas

Nobilis indocti: veniet de plebe togatã,

Qui juris nodos ac legum ænigmata solvat.

Juv. VII. 47.

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

La razon en efecto era siempre la misma; pues si todo debe callar cuando habla la lei, tambien cuando ella enmudece los magistrados deben suplir su silencio, decidiendo por edictos especiales las cuestiones y casos particulares que no ha sido posible al legislador comprender en la regla general que estableció: *oportet*

leges dominas esse, si sint rectè scriptæ; magistratus autem edicere debet de illis de quibus leges exquisitè aliquid decernere nequeant, eòquod non facile sit sermone generali singulos casus comprehendere. Arist. Polit. III. 11.

Los edictos de los pretores eran de muchas clases: unos llamados *repentina*, que eran los que se daban al instante y como de improviso en los casos que ocurrían. Otros eran dados *ad perpetuam jurisdictionem*, y se extendían á todo el tiempo (*) que debía durar la magistratura. Entre estos últimos se llamaban *translatitia* los que el nuevo pretor conservaba de su antecesor; y *nova* los que el nuevo pretor añadía de *suo* al edicto antiguo; porque cada pretor al entrar en el ejercicio de sus funciones, subía á la tribuna de las arengas, y declaraba (*edicebat*) las reglas que seguiría para la administracion de justicia. Este edicto se ponía despues por escrito inmediatamente *in albo*.

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

Hai mas, no solo se cometían de esta suerte atentados contra las leyes del estado, sinó que tampoco hacían escrúpulo de innovar su propio edicto en el discurso del año; abandonándose á estas innovaciones con tanta mayor ligereza, cuanto que hallaban en ellas un medio seguro para favorecer á sus amigos y vejar

(*) Es decir, un año, y por esto Ciceron en su segunda Verriana, n. 42. llama al edicto del pretor « *lex annua cui finem adferant kalendæ januariæ.* »

á sus enemigos: *hoc faciebant plerumque in gratiam odiumque certorum hominum.* Dion. Cass. lib. 36.

Para poner fin á estos abusos no se encontró otro medio que reclamar la observancia de aquel edicto célebre: *Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.* No obstante, esta barrera parecía aun muy débil; y en el año 585 de Roma se estableció un senadoconsulto, que fué convertido en lei al año siguiente, para que los pretores administrasen justicia, durante el período de su magistratura, en conformidad á los edictos que hubiesen promulgado al entrar en sus destinos: *ut prætores ex edictis suis perpetuis (id est, per totum annum mansuris) jus dicerent; ó (como dice Dion Cassio, lib. 36.) ut et statim prætores principio edicerent quo jure essent usuri, et deinde nequaquam ab eo deflecterent.*

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

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

Con el estudio de estas leyes se formaron una multitud de ilustres jurisconsultos, cuyos trabajos enriquecieron tambien á su vez las leyes con notas y comentarios. Entónces no hai duda ninguna que la ciencia del derecho se cultivaba con esmero; y para dar

una idea de ello, ántes de llegar al siglo de Augusto, manifestaremos en pocas palabras con qué estudios se preparaba la juventud para entrar en el de la jurisprudencia.

Desde las guerras púnicas, en cuya época las letras y las bellas artes comenzaron á ser honradas en Roma, los jóvenes empleaban sus primeros años en el estudio del griego, pasaban luego al de la gramática, retórica, etc. Y cuando habían llegado ya á la edad de tomar la toga viril, se preparaban á los combates de la tribuna, donde á poco tiempo solían presentarse al lado de algun célebre personage. Otras veces principiaban sus estudios viajando á Atenas, Ródas, Mitilena ó Marsella, para perfeccionarse en estas ciudades, léjos de los placeres y de la corrupcion de Roma, ó bien seguían la carrera de las armas, sin que por esto los ejercicios militares les impidiesen entregarse á la cultura de las letras y de las artes, *Vell. Pat.* 1. 13. *Suet.* in *Cæsar.* 36. : in *August.* 84.

En cuanto á los que se consagraban al estudio de la jurisprudencia, trataban desde luego de instruirse en los principios de la filosofía, prefiriendo por lo general la de los estóicos. Despues tomaban por modelo á algun sabio jurisconsulto, bajo cuya direccion aprendían á consultar y á litigar, observando siempre en sus trabajos el método con que aquel ejercía la profesion. Preparados de esta suerte, y cuando al cabo de cierto tiempo se creían ya con fuerzas bastantes para volar con sus propias alas, *cum studiorum habebant fiduciam*, ponían su estudio aparte y se dirigían solos; siendo digno de advertirse que entónces no había necesidad de recurrir á ningun tribunal ni corporacion para tomar el título de jurisconsulto.

CAPÍTULO IV.

Derecho romano desde Augusto hasta Constantino.

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

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

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

(*) Postquam Bruto et Cassio cæssis, nulla jam publica arma, Pompejus apud Siciliam oppressus, exutoque Lepido, interfecto Antonio, ne Julianis quidem partibus, nisi Cæsar dux reliquus; posito Triumviri nomine, Consulem se ferens, et ad tuendam plebem tribunitio jurè contentum, ubi militem donis, populum annonâ, cunctos dulcedine otii pellexit, insurgere paulatim, munia Senatus, magistratum, legum, in se trahere cæpit, nullo adversant. *Tacit. Annal. l. 2.*

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

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

Sin embargo, como á César le había salido muy mal el haber afectado demasiado pronto su poder supremo; y como por separado, su muerte sangrienta daba todavía pruebas é instrucciones bastantes á su sucesor para que conociese lo difícil que debía ser conservar un imperio conquistado por la fuerza, en medio de un pais libre (**); Augusto mas diestro supo conducirse con tal habilidad y prudencia, que usó del mando con buen éxito y á medida de sus deseos.

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

(**) Cum in aliis plerisque, tum in hoc quoque cum Romanis, tanquam cum hominibus liberis agebat. *Dion Cass. lib. 53.*

Efectivamente, fingió dejar al senado la misma autoridad que tenía ántes, no hizo variacion ninguna en los títulos de los magistrados, y les conservo todas sus insignias y distintivos, para encubrir mejor sus dolosos designios. Los cónsules continuaban marchando precedidos de hazes como en tiempo de la república, y aun Augusto se aplicó varias veces este impo- nente dictado. En Roma se veían los pretores, los ediles, los tribunos, los cuestores, y el pueblo no temía por su república. Pero el príncipe había sabido recon- centrar en sus manos los diferentes poderes que in- tervenían en los cargos de mayor influencia; y aun- qué los nombres eran los mismos, *eadem magistratum vocabula*, el antiguo espíritu nacional estaba comple- tamente destruido: *nihil usquam prisci atque integri moris supererat*. Tacit. *Annal. lib. 1. c. 3. y 4.*

Los ciudadanos por lo general conocieron tanto mé- nos el transtorno de la república, cuanto que Augusto tenía la política de no mandar cosa alguna por sí, y consultaba al pueblo cuando trataba de establecer le- yes: *Veritus, ne si subito homines in alium deducere statum cuperet, res ea sibi parum esset succesura*. Dion Cass., lib. 53. Mas cuando este, corrompido con las distribuciones copiosas que Augusto le había hecho de víveres y dinero, y cuando solo pensaba en tener pan y juegos, *panem et circenses*, renunció en su fa- vor las prerogativas mas esenciales á la gloria de los romanos: *ei, et in eum omne suum imperium potesta- temque contulit*. L. 2. §. 11, Dig. de orig. jur.

Tambien el senado no se descuidó en desembara- zarle de todas las trabas, eximiéndole por su parte de la sujecion á las leyes, y revistiéndole de atribucio- nes soberanas para hacer lo que quisiera (*), y no otra

(*) Opóngase á esta bajeza aquel bello pasage de d'Aguesseau. tomo 1 p. 7. Las mas nobles imágenes de la divinidad, los

cosa : *in ejus acta juravit, eumque solvit legibus, et decrevit ut summo cum jure, omninoque et sui et legum potens, quæ vellet facere, et eorum que nollet faceret nihil.* Dion Cass., lib. 53.

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

Revestido, pues, de todas las magistraturas, aparentaba usar únicamente del derecho que estas conferían. De consiguiente, cuando ordenaba publicar algun edicto para las provincias, lo hacía como *proconsul*; en la ciudad obraba en *virtud del poder tribunicio*; en el ejército *tamquam imperator*, y en materias de religion *tamquam pontifex maximus*. De esta manera parecía que todo marchaba por su órden regular.

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

Ultimamente, Augusto, que conocía cuanto podía temerse de la influencia de los jurisconsultos, supo discurrir tambien un medio para sacar de ellos una grande utilidad. Por lo mismo hizo los mayores esfuerzos para ganarlos y servirse de su reputacion, ya para barrenar la autoridad de los pretores, ya para dar á la legislacion el giro que le convenía. A este fin

reyes, que llama la escritura los dioses de la tierra, no son nunca mas grandes que cuando someten toda su grandeza á la justicia, y cuando añaden al título de señores del mundo el de esclavos de la lei.

restringió el ejercicio de la profesion (que ántes era libre y permitida á todos) únicamente á aquellos que él juzgase dignos del honor de ser juriseconsultos, dando tanta fuerza á sus respuestas, que los jueces debían conformarse con ellas. *L. 2. §. 47. Dig. de orig. jur.*

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

Su indiferencia á los honores que le ofrecía Augusto, hizo nacer entre los juriseconsultos dos sectas, cuyos principios eran distintos en muchos puntos. Ateyo Capito, gefe de una, sostenía escrupulosamente cuanto se le había enseñado; y Labeon, al contrario, libre por su carácter lleno de confianza en su doctrina,

Nullius assuetus jurare in verba magistri,

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

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

Tiberio su sucesor, el mas desconfiado de los tiranos, practicó todos los artificios de su antecesor; y rico ya con los descubrimientos y esperiencia de Augusto, los fortificó con los nuevos medios que su genio pudo inspirarle. Así en el principio de su reinado usó de la política y de la deferencia; y mientras pudo

tener á Germánico incierto de su poder (*ambiguus imperanti*), no hizo lei alguna, ni publicó un solo edicto sin consultar al senado, ó sin cubrirse con el velo de la potestad tribunicia. Mas tan luego como tiñó sus manos con la sangre de este jóven príncipe, á quien tanto temía por sus virtudes, sus raras cualidades y el amor de los romanos, arrojó la máscara, y pensando únicamente en hacerse temible, persiguió encarnizado á los autores de los discursos mas leves contra él ó contra los suyos. Era su divisa, *oderint dum metuant*.

Es verdad que Tiberio, á ejemplo de Augusto, toleró que el pueblo continuase reuniéndose por centurias ó por tribus; pero á poco tiempo, so pretesto de que el gran número de ciudadanos hacía muy difícil su convocacion, transfirió al senado todos los derechos de los comicios. Entónces fué cuando el príncipe pudo llegar á ser déspota impunemente: el senado le estaba adicto con tal bajeza, que ninguno de sus miembros hubiera tenido valor para contrariarle en lo mas mínimo, y sobre todo en una época en que ya no se daban los sufragios por escrutinio, como en las antiguas asambleas del Campo de Marte ó del Foro, sinó que cada uno debía votar en alta voz á presencia del César, quien, Júpiter de sus esclavos, *cuncta supercilio movebat*.

Desde este momento el poder legislativo solo residía en el pueblo idealmente; pues aunque cuando los emperadores querían establecer alguna lei, cuidaban de proponerla al senado *per suos quæstores candidatos*, este nunca dejaba de hacer un senadoconsulto (*) á su satisfaccion y bajo su acuerdo; siendo por consi-

(*) *Id, pro lege erat, et senatusconsultos dicebatur. Tac. Ann. VI. 12.*

guiente el senado en las circunstancias peligrosas un escudo con que se cubrían los emperadores contra los tiros del odio popular.

La jurisprudencia nada debe al sucesor de Tiberio. Este monstruo, que no tenía de humano mas que la figura, llevó su extravagancia hasta el extremo de hacer nombrar cónsul á su caballo. No es pues maravilla que hubiese tratado de extinguir la ilustre orden de los jurisconsultos, y que aspirase á no dar por lei sinó sus caprichos (*). Por fortuna fué tan corta su tiranía, que no tuvo tiempo para ejecutar sus odiosos designios.

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

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

El fin del edicto perpetuo era reunir en un volúmen todos los edictos anuales de los antiguos pretores; sin embargo, Juliano no se contentó precisamente con compilarlos, sinó que en las ocasiones y lugares

(*) De juris quoque consultis quasi scientiæ eorum omnem usum oboliturus sæpe jactavit, se effecturum ne quid respondere possint, præter eum (alii legunt, præter equum). *Suet. in Calig. c. 34.*

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

que le parecía oportuno, insertó decisiones nuevas, y suprimió otras como ya anticuadas ó las adoptó bajo ciertas modificaciones. Concluido este trabajo, Adriano lo presentó al senado, quien lo aprobó sin dificultad por medio de un senadoconsulto.

Ha sido tal la autoridad de este edicto, que desde su publicacion hizo la regla fija é invariable del derecho, y por esto se le llamó *Edicto perpetuo*. Aul. Gell. 10. 15. En las provincias fué recibido con la misma aceptacion que en Roma; pero con esta diferencia, que en Roma era denominado *prætorium, urbanum, urbicum*; y en las provincias *provinciale*.

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

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

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

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

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

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

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

sublatos, jurisconsultos aut necatos aut relegatos. Lact. de mort. persec. c. 22.

CAPÍTULO V.

Derecho romano desde Constantino hasta Justiniano.

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

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

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

La de Berito era sin contradiccion la mas antigua

y floreciente; pues Gregorio Taumaturgo ya la llamaba en el año 248, *Urbem plane romanam, et legum romanorum scholà ornatam*. Igualmente Diocleciano y Maximiano, que vivieron en el siglo tercero, hablan de esta escuela con elogio en la lei i. c. *qui ætate vel profes. excus.* En el siglo cuarto era tanta la concurrencia de discípulos, que Libanio (*orat.* 26.) sentía el que los jóvenes abandonasen el estudio de la elocuencia consagrándose exclusivamente al del derecho.

Poco importa que esta ciudad fuese destruida (poco mas ó ménos hacia esta época) por un horrible terremoto; pues bien pronto salió de sus ruinas mas brillante y hermosa de lo que era anteriormente. Con efecto, Nono, que escribía en el siglo quinto, aplaudiendo el celo con que se estudiaba en Berito, llama á esta ciudad *matrem legum*; así como Justiniano en el siglo sexto la denomina: *civitas legum veneranda, et splendida metropolis, et legum nutrix*. Otros escritores elogian tambien la numerosa y continua asistencia de los oyentes, y la profunda doctrina de los profesores; entre los que se distinguían entónces con especialidad Doroteo y Teófilo, de quienes despues se sirvió Justiniano para la formacion de su cuerpo del derecho.

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

Volvamos empero á Constantino, y notemos desde luego que las modificaciones que hizo en la legislacion romana, no tuvieron solo por objeto las leyes civiles, sinó tambien el *derecho público*; pues dividió su imperio en cuatro grandes gobiernos ó prefectu-

ras pretorianas. Sobre todo, merece atención la traslación que hizo de su silla imperial á Constantinopla; cuyo suceso seguramente facilitó á los pontífices su dominacion en Roma, y por otra parte abrió el occidente á los bárbaros, que estaban ya preparándose para derramarse como un torrente sobre las mas ricas provincias del imperio romano.

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

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

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

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

Los hijos de Constantino, siguiendo el plan de su padre, trabajaron con el mayor empeño en simplificar la jurisprudencia, y en favorecer la religion cristiana que acababan de abrazar. Pero mui pronto Juliano (el apóstata), lleno de otras ideas, trastornó cuanto aquellos habían establecido, poniendo ademas en tal descrédito la ciencia de las leyes, que dejaron de estudiarla

los hombres libres, y la abandonaron á los libertos (*).

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

Teodosio el Joven y Valentiniano creyeron hallar el remedio de este mal, estableciendo (año 426) que no pudiesen citarse sinó las obras de Papiniano, Paulo, Cayo, Ulpiano, y Modestino; y que en vista de sus opiniones se decidiesen las causas, prevaleciendo siempre el mayor número, y caso de empate ó de igualdad de autoridades en pro y en contra, se estuviere á la de Papiniano, *L. un. C. Theodos. de respons. prudent.* No hai duda que estos emperadores se engañaban; porqué se adherían ménos á lo que era justo en sí, que á lo que hacía autoridad; y en caso de oposicion entre los jurisconsultos se contaban los votos en lugar de pesarse.

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

(*) *Juris civilis scientia, que Manlios, Scævolas, Servios in amplissimos gradus dignitatis evexerat, libertinorum artificium dicebatur. Mamertin. Panegyri. II. cap. 20.*

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

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

Tal era el estado de la jurisprudencia ántes de Justiniano; estado que, segun él mismo afirma (*), había puesto las leyes en una oscura confusion, y trastornado todo el derecho.

CAPÍTULO VI.

Composicion del cuerpo del derecho.

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

Justiniano durante un reinado de 39 años puso todo su cuidado en hacer respetar las fronteras de sus estados, pacificar la iglesia, edificar y adornar ciudades, y refundir por entero la legislacion romana.

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

Para la ejecucion de esta vasta empresa no se descuidó en buscar los hombres de estado mas ilustres y consumados, los profesores mas hábiles de las escuelas de Béruto y Constantinopla, y los abogados mas

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

célebres por su sabiduría, y mas acreditados por su elocuencia. Al frente de ellos puso á Triboniano, que estaba condecorado con una de las primeras dignidades del imperio, y les prescribió que de los códigos ya publicados escogiesen las leyes mejores y las reuniesen en un solo volúmen, dividido en 12 libros, recomendándoles especialmente separasen lo inútil, y rectificasen lo que hubiese caído en desuso.

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

Despues reflexionando que los principios de la jurisprudencia romana se hallaban reunidos mas completamente, y establecidos con mayor solidez en las obras escritas *ex professo* por los antiguos jurisconsultos, que en las ordenanzas parciales de los príncipes sus predecesores, comisionó nuevamente á 18 sabios, presididos tambien por triboniano, para que compilasen dichas obras. Esta operacion les fué encargada el año 530 de Roma, y aunque se les concedieron diez para terminarla, fué tanto su celo y laboriosidad, que á los tres años solamente formaron aquella enorme obra que se denominó *Pandectas* ó *Digesto* (**); porqué en su totalidad contenía decisiones sobre todas

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

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

las materias del derecho : *quod omnes disputationes et decisiones in se haberet legitimas, et quod undique esset collectum, in sinus suos recepisset. L. 2. §. 1. c. de vet. Jur. enucl.*

En seguida encargó Justiniano á Triboniano, Téofilo y Doroteo, que de los compendios de los antiguos jurisconsultos, y en particular de las instituciones de Cayo, compusiesen unos *institutos imperiales*; los cuales debían comprender únicamente los primeros elementos de la jurisprudencia : *ut illæ essent totius legitimæ scientiæ prima elementa. Procem. Inst. §. 4.*

Esta obra, á pesar de haberse hecho y trabajado despues de las Pandectas, se publicó sin embargo antes; es decir, el 21 de noviembre de 533, al paso que la otra no recibió sancion ejecutiva hasta el 30 de diciembre siguiente (casi un mes de diferencia), por una lei que mandó espresamente guardarla y observarla en el foro, y enseñarla en las escuelas.

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

Comisionó pues nuevamente á Triboniano y á otros

cuatro jurisconsultos para que corrigiesen y enmendasen su código, haciéndoles el encargo especial de que incluyesen en él las 50 decisiones de que hemos hablado, y asimismo sus leyes ó constituciones posteriores. Este nuevo código reemplazó al primero, y fué publicado el 16 de diciembre de 529, bajo el título de *Codex repetitæ prælectionis*.

Justiniano reinó aun muchos años despues de la promulgacion de este último Código, y por consiguiente no debe estrañarse el que se haya visto en la precision de resolver algunas de las muchas cuestiones imprevistas que ofrece á cada instante la movilidad de las circunstancias. Y esto es lo que son sus nuevas constituciones, *novellæ constitutiones*, escritas la mayor parte en griego, y de las que pensó el mismo (*) mandar hacer una recopilacion aparte, como lo acredita su const. *Cordi nobis*. §. 4. de emend. cod.

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

Por lo que á nosotros toca diremos francamente que el cuerpo del derecho no está exento de faltas, y con vendremos, por ejemplo, en que bien hubiera podi-

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

(**) Véase Franc. Hotomar in *Antitriboniano*; Balduinus in *Justiniano*; Autumnus in *censurá gallica juris romani*, etc. Berthelot en su *Apología del derecho romano*, obra escrita con tanta facilidad y pureza como crítica y profundidad.

do dársele ménos estension, y distribuirle con mejor órden, pero tambien confesaremos que estos defectos son escusables en una obra tan larga y trabajosa, hecha por la mano de los hombres, y consiguientemente destinada á quedar siempre imperfecta, como lo dice el mismo Justiniano: *In nullo aberrare, seu in omnibus irreprehensibilem esse, divinæ utique solius, non autem mortalis est constantiæ seu roboris. L. 3. §. 13. C. de vet. Jur. enucleando.*

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

Ubi plura nitent in carmine, non ego paucis

Offendar maculis, quas aut incuria fudit,

Aut humana parùm cavit natura.

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

CAPÍTULO VII.

Cual fué despues de Justiniano la suerte de su legislacion.

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

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

La primera traduccion que salió al público fué la de la *Instituta*. Teófilo, el mismo á quien Justiniano había empleado en su composicion, dió de ella, en vida de este emperador, una paráfrasis griega que llegó hasta nosotros, y cuyas mejores ediciones fueron publicadas por Fabrot y Dionisio Godefroy.

Talaleo, que era igualmente contemporáneo de Justiniano, hizo tambien una version griega de las pandectas, y la cual se cita con frecuencia en las basílicas.

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

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

Este código se componía de la version griega de la *Instituta*, de las pandectas, del código, de las novelas, de los edictos de Justiniano, y de las paratitlas y comentarios de los jurisconsultos del imperio de oriente, insertándose ademas en él algunos pasages de los padres y de los concilios. La traduccion, sin embargo, no es literal, y á vezes se aparta tambien del testo; se omitieron unas leyes, se añadieron otras, y en fin, todas están ó truncadas ó compendiadas. Si creemos lo que dice Psello, esta obra no era siquiera comprensible por los mismos griegos; *interpretatu difficile est et maxime obscurum*. Carlos Annibal Fabrot,

abogado del parlamento de Aix, emprendió hacer de ella, por dictámen del canciller Seguiet, una traducción latina que publicó año 1647, en siete volúmenes en folio.

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

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

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

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

Los ostrogodos usaron igualmente de las leyes romanas, y su rei Teodorico mandó en el prefacio de su edicto la exacta ejecución de ellas; *salvá juris publici*

reverentiâ, et legibus omnibus cunctorum devotione servandis.

Casiodoro atestigua que el derecho romano continuaba observándose en los países conquistados, porqué era tanta la humanidad de aquellos llamados, bárbaros, que dejaban á los vencidos la eleccion de la lei en que querían vivir.

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

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

En este estado permanecieron las cosas hasta el tiempo de Carlo Magno, quien conociendo la necesidad de dar leyes á las naciones que había subyugado,

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

mandó (año 804) poner por escrito las costumbres de todos los pueblos de su dominacion (*).

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

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

En occidente es opinion mui acreditada que se descubrió un ejemplar de las pandectas en el saqueo de la ciudad de Amalfi, cuya conquista hizo Lotario II en el año 1137. Este emperador le regaló á los habitantes de Pisa, en atencion á los socorros que le habían prestado para aquella espedicion, y de los pisanos pasó á los florentinos (**), donde se conserva con mucha estimacion. Irnerio, jurisconsulto aleman que había estudiado en Constantinopla, se hallaba entonces enseñando públicamente el derecho romano en Bologna; y de consiguiente tuvo ocasion de recurrir varias veces á este ejemplar de las pandectas para rectifi-

(*) Eginard, en la vida de Carlo Magno, cap. 29, nos asegura este hecho: « Eum nimirum omnium nationum, quæ sub ejus dominatu erant, jura, quæ scripta non erant, describi ac litteris mandari fecisse; » y de aquí un antiguo poeta tomó ocasion de decir:

*Cunctorum sui regni leges populorum
Collegit, plures inde libros faciens.*

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

car y explicar mejor sus lecciones. Tambien dicen que el mismo Lotario publicó un edicto en seguida del hallazgo de este tesoro de jurisprudencia, para que se introdujese y se estableciese su estudio en las escuelas, y se observase en todos los tribunales de su imperio. Véase sobre toda esta historia *Sigonius* de *Regn. Ital.* lib. 9. *Henry Brenkman*, de *Amalphi à Pisanis direpta*, §. 24. p. 65; y el cardenal de Ostia *in cap. I, pr. X. de testam. n. 2.*

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

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

Compendiaron ademas las novelas, poniéndolas en forma de notas al márgen de las mismas leyes que ellas variaban ó modificaban; y estos extractos ó compendios tambien se insertaron despues en el código, bajo el título de *Auténticas*; á pesar de que en muchos lugares no reproducen fielmente el sentido del testo.

Por último, la invasion de los bárbaros produjo el sistema de los feudos; sistema que habiéndose multi-

plicado, introdujo una infinidad de costumbres nuevas que pusieron por escrito tres senadores de Milan, y agregaron al cuerpo del derecho con el nombre de *consuetudines Feudorum*.

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

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

Efectivamente, en el siglo XVI es cuando se observa que la jurisprudencia salió del caos, debiendo su esplendor á las obras de Cuyacio (*), Pithou, P. Fabio, Fr. Otomano, y otros muchos sabios. Mas si este siglo tuvo sus ventajas, tuvo tambien sus inconvenientes. El gusto de las letras, perfeccionando el ingenio de los comentadores, les dió al mismo tiempo mayor sutileza; de suerte que, á escepcion de un corto número, se ve que todos los autores que trabajaron sobre

(*) Cuyacio fué sin contradiccion el primero de los intérpretes del derecho; él introdujo una manera nueva de tratarlo y comentarlo. Por lo mismo la jurisprudencia romana llegó á ser desde entónces mas elegante *elegantior*; y Nestelbladt nos enseña que esta jurisprudencia, mejor estudiada y mas cultivada, se llamó *Jurisprudencia Cujaciana*.

el derecho romano no emplearon el tiempo y sus tareas sinó en correr tras de quimeras, en crearse monstruos para tener el placer de combatirlos, y en buscar anti-monías, de ordinario imaginarias, solamente por parecer diestros y sutiles, y para que se dijese de ellos que habían descubierto lo que ni siquiera les había ocurrido pensar á los glosadores de otras edades. *Commentis veritatem obruunt, dice Duareno, quod aliquid paulò argutius nec aliis ante excogitatum in medium adduxisse videantur.*

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

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

CAPÍTULO VIII.

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

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

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

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

Cuanto á su fuerza y autoridad, es evidente que si las leyes posteriores derogan las anteriores, las *novelas* deberían preferirse al *código*, lo mismo que la *instituta* á las *pandectas*. No obstante, algunos opinan que las *instituciones* y las *pandectas* recibieron fuerza de lei á un tiempo, y en este caso se sigue que ambos

códigos tendrán igual autoridad, y que no se derogarán entre sí.

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

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

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

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

Procurad pues, jóvenes estudiosos, penetraros bien de esas preciosas reglas; aprovechaos del estudio de las

leyes romanas para la mejor inteligencia de las nacionales; y trabajad dia y noche para haceros capaces de ser útiles á vuestra patria, á vuestros amigos y á vosotros mismos. *Pergite, ut facitis, adolescentes, atque in id studium in quo estis, incumbite, ut et vobis honori et amicis utilitati, et reipublicæ emolumento esse positis.* Cic. 1. de Orat.

PROEMIO.

Confiados en el auxilio divino, nos proponemos interpretar de nuevo en este año los elementos del derecho que dispusimos según el orden de la Instituta: y nos conduciremos de suerte que si los estudiantes traen á estas escuelas el deseo de aprender que nos prometemos, puedan concebirse lisonjeras esperanzas en favor de su aprovechamiento. Pero ántes que entremos en materia, tenemos tres cosas que advertir. Primera: que los discípulos asistan con puntualidad, y hagan por no perder esplicacion alguna; pues toda esta obra es como una especie de cadena, en la cual, si no se entienden las primeras cosas, tampoco pueden entenderse las que de ellas se deducen; y porqué nadie alegue ignorancia, decimos: que los que al frecuentar estas escuelas usaren de una aplicacion interrumpida, no saldrán por cierto mas instruidos que si jamas hubiesen asistido á ellas. Segunda: que los discípulos deben venir enterados del cuerpo del derecho, en atencion á que habrá que manejar con frecuencia las leyes mas notables, y á que es sobremanera útil que el legista se habitúe desde un principio á manejar las leyes, y se familiarize con aquella obra de Justiniano, que en jurisprudencia no es de menor autoridad que en teología la sagrada Escritura. Y no será fácil que los discípulos se acostumbren á manejar el cuerpo del derecho, si bajo la direccion del catedrático no consultan con

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

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

§. I. Entre la multitud de causas que impelieron á formar esta obra Justiniano, dos son las principales: la inmensa mole del derecho romano, de cuyo asunto se trata en este §., y el desgraciado empeño de los que ántes de Justiniano intentaron este trabajo, de que se tratará en el §. segundo. De ambos puntos se hablará con algun cuidado. Los que antiguamente se dedicaban al derecho debían saber las constituciones de los príncipes, que reunidas en tres antiqüísimos códigos, se habían aumentado escesivamente. Ademas todas las

materias que hoy día se hallan contenidas en el libro de las Pandectas estaban ántes de Justiniano esparcidas en dos mil, para cuya lectura apénas bastaba la vida del hombre. *Const. Tant. §. 1 de confirmat. Digest. Jacob, Gothofred. in prolegg. ad cod. Theodos.* Por esto Eunapio llama á la jurisprudencia *carga de muchos camellos*. Y de ahí viene el que escriba Mamertino en el *paneg. ad Julian.* que la ciencia del derecho civil que en otro tiempo elevaron al mas alto grado de dignidad los *Manlios, los Escévolas y los Servios sea ya una ocupacion propia de libertos*. Y de aquí proviene en fin el que en *Phot. biblioth. sæc. 5.* se haga mencion de un *siervo escita que profesó la jurisprudencia*: porqué efectivamente ningun ingénuo se atrevía á entregarse á este océano cuyo fin apénas preveía.

Advirtiéndolo cual Justiniano, pensó acertadamente que sería útil no solo á la jurisprudencia, sinó tambien á su imperio, reprimir tamaña multitud de leyes y derechos y reducirlos á un moderado compendio, acerca de cuya empresa celebra piadosamente la proteccion divina en el pr. de la *Const. Tant. de const. Digest.*

§. II. Tenemos la primera causa de haberse compuesto el cuerpo del derecho; síguese la otra, á saber, el que muchos ántes de Justiniano habían emprendido esta obra sin poder llevarla á cabo.

Ciceron fué el primero que se encargó de formarla, segun el testimonio de Gell. lib. 1. c. 22. donde hace mencion de un libro de aquel de *jure civili in artem redigendo*. Pero no la pudo dar cima este eminente varon. Pompeyo determinó despues lo mismo, acerca de lo cual dice Isid. *Orig. l. V. c. I,* que aquel primer cónsul habia tratado de que las leyes fuesen reducidas á libros, pero que no habia persistido por miedo á los detractores; aunque si se atiende á que Isidoro es escritor del siglo VII, y á que los autores antiguos nada abso-

lutamente dicen de esto, la noticia no parecerá tan creible. Mas fuera de duda está que Julio César siendo ya dictador perpétuo (*), pensó en el cuerpo del dere-

(*) El dictator era el soberano magistrado de la antigua Roma en tiempo de la república, el cual se creaba en circunstancias críticas, y en los peligros extremos de ella, como cuando había grandes sediciones, ó se veía la república acometida de enemigos poderosos. Nace la voz de este magistrado del verbo *dictar*, porque prescribía lo que era mas favorable á la república. Al principio solo se eligieron de entre los patricios, y *Lucio Flavio* fué el primero que en el año 252 se creó en Roma; pero despues se eligieron de los plebeyos, y lo fué el primero *Marcio Rutilio* en el año 397. El poder ó empleo de dictador solo duraba miéntras existía la causa de su eleccion; pero si llegaba á seis meses, se procedía á elegir otro, por el recelo de que no abusara de tan grande autoridad. Le nombraba el cónsul de órden del senado, escogiéndolo de los cónsules que habían sido de integridad y mérito conocido, y la eleccion se hacía sin que el pueblo tuviese parte en ella, despues de haber consultado los auspicios. Tenía un poder absoluto; y era árbitro de la guerra y de la paz; podía levantar tropas, y despedir las armadas cuando le parecía conveniente; á nadie daba cuenta de sus acciones, y ejecutaba cuanto ordenaba sin que se le pudiese hacer oposicion; y desde que era elegido, cesaba todo el mando y autoridad de los magistrados, á escepcion de los tribunos de la plebe, para ante quienes, alguna vez, se apeló del dictador, como refiere Tito Livio en el libro 8; que no pudiendo Marco Fabio traer á razon al dictador Lucio Papiro, apeló á los tribunos del pueblo, y aun al mismo pueblo. Con el dictador estaba siempre su capitán de guardias *Magister Equitum*, para socorrerle en cualquiera ocurrencia, ó para ejecutar sus órdenes. Se le concedían todos los derechos y distintivos de honor que tenían los reyes; y así es que iba precedido de los lictores; pero no podía salir de Italia sin perder su autoridad, ni se le permitía montar á caballo, á no ir al ejército; y cuando se hallaba en campaña se pagaban á costa de la república sus equipages, secretarios, reyes de armas, y demas oficiales de su comitiva. Así duró hasta que Sila fué el primero que se hizo elegir dictador perpétuo, y que marcharan delante de él veinte y cuatro lictores para tiranizar mas á su sabor al

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

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

pueblo ; y lo mismo hizo Julio César, por cuya razon fué suprimida esta dingidad cuatrocientos años despues de su creacion.

el imperio romano, determinase el (*) emperador Justiniano copilar esta obra, pues así poseemos el tesoro del derecho novísimo, y los fragmentos de los mas consumados jurisconsultos, esplicándose en las escuelas un derecho que tiene uso en el foro.

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

Fué Justiniano de nacimiento oscuro, oriundo de Iliria; pero elevado por la fortuna al mas alto grado de dignidad entre los hombres. Habiendo Justino, su tio

(*) La voz emperador viene del verbo *imperare* mandar, y así se llamaba el general del ejército. Algunas veces daban los soldados el nombre de emperador á su general cuando había ganado alguna grande victoria; pero para que el senado confirmara por su decreto este glorioso título, era necesario que el general hubiese conquistado una provincia, ó tomado alguna ciudad considerable, ó ganado una batalla, en que hubieran quedado muertos 10,000 enemigos. El pueblo romano dió á César el nombre de emperador para mostrar el soberano poder que tenia en el imperio romano: y en este último sentido se llamaron emperadores Augusto y sus sucesores, porqué aborreciendo los romanos el nombre de rei desde que Roma se erigió en república, á consecuencia de la espulsion de su último rei *Tarquino el soberbio*, los primeros Césares procuraron evitar esa voz que era tan odiosa al pueblo, sustituyendo en su lugar la de emperador, para designar el supremo gefe de la república, afectando de ese modo que respetaban la libertad de ella en medio del ejercicio de la soberanía absoluta, y la preparacion del restablecimiento de la monarquía; aunque no dejaba tambien de dárseles este nombre en la otra significacion, y aun el mismo Augusto fué proclamado veinte veces emperador porqué había ganado veinte batallas célebres.

materno, pasado del oficio de porquero al servicio militar, y llegado por todos los grados de la milicia á la dignidad imperial, adoptó al hijo de una hermana suya, y le asoció al imperio nombrándole nobilísimo César (*). Muerto Justino, imperó solo ocupando el trono cuarenta años, y escediendo en la gloria y felicidad de sus empresas á todos los príncipes sus antecesores. Pero discrepan mucho acerca de sus costumbres los escritores tanto antiguos como modernos. Uno de los antiguos, *Procopio*, que en todas sus obras celebró el ingenio, prudencia, probidad y virtud de Justiniano, escribió posteriormente un libro que intituló *Anécdota*, el cual se publicó en Leon en 1623 con notas eruditas de Nic. Aleman. En él pintó á Justiniano como un príncipe estúpido, enteramente dominado por su muger, que era una prostituta, avaro, impío, y contaminado con toda clase de vicios. Esto produjo nuevas disputas. Así que esta obra vió la luz pública, la tuvieron algunos como dictada *ex tripode*, y otros la reputaron como una calumnia de Procopio. Qué juicio, pues, debemos formar? La esencia y fundamento de la sabiduría consiste en no creer ligeramente. Justiniano no estuvo exento de lunares y vicios. Tuvo ciertamente algunos no pequeños defectos, cuales por ejemplo fueron una excesiva complacencia con su muger Teodora, cómica y de desarregladas costumbres, un lujo y magnificencia escesivos, y su inconstancia en mudar las leyes. Pero estas faltas estaban mezcladas con mayor número de virtudes: él fué de agudo ingenio, magnánimo, fuerte, espléndido, en una palabra, el mayor príncipe de

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

su siglo; y fácilmente se disimularán estos lunares al que los compensó con tan sobresalientes virtudes.

§. IV. Bien lo manifiestan las hazañas de Justiniano en la paz y en la guerra, de que hablaremos algo en este párrafo. En su tiempo los bárbaros(*) habían reducido el imperio romano casi al último extremo. Los godos ocupaban la Italia, la España, y una considerable parte de la Galia; los vándalos el África, y los persas amenazaban el Oriente, pero á todos resistió Justiniano: desbarató y contuvo la invasion de los persas; volvió á sujetar el África; por cuya victoria da gracias á Dios en el *Pr. de la l. 1 y 2. Cod. de offic. prætor. Afric.*, y despues, destruido el reino de los godos (**), recuperó la

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

(**) La ciudad de Roma, fundada á las orillas del rio Tíber por Rómulo, capitan de bandidos, se distinguió desde su principio por la violencia y robo de las sabinas, que les empenó en una guerra; y lo que al principio fué necesidad, constituida poco á poco en pasión por las sucesivas victorias, formó el espíritu guerrero de aquel pueblo orgulloso, que de unas conquistas en otras llegó á ser el dominador del mundo entónces conocido. Al principio su gobierno era monárquico moderado, y la nacion se regía por el rei que era electivo, en union de quien gobernaba el senado compuesto al principio solamente de patricios, y la asamblea del pueblo tenía poder legislativo, hasta que cansados los romanos de la crueldad, avaricia é insolencia de Tarquino, llamado el soberbio, determinaron sacudir su yugo y libertarse de tal servidumbre, valiéndoles de pretesto la injuria que su hijo Sesto hizo al honor de Lucrecia; y así es que en el año 221 de la fundacion de Roma le espulsaron, abolieron el gobierno monárquico, y se erigieron en república, gobernada

Italia. Procopio en los libros *de bello gothico persico, vandalico*, y Agatias en la historia de aquellos tiempos

por dos cónsules que se elegían todos los años, cuyo gobierno duró hasta Julio César, que lo mudó y estableció el imperio, nombrado así á causa del dominio de los emperadores. Numa Pompilio, el mas sabio filósofo de sus reyes, creó la religion y el culto público, y arregló la ciudad, constituyéndose en nacion durante sus reyes; pero erigida la república, se creó una nacion esencialmente militar; y así es, que durante este gobierno, se hicieron las conquistas mas asombrosas, las que se terminaron en el reinado de Augusto César, por cuya razon se cerró el templo de Juno, hasta entónces abierto, y aun hoi dia, para manifestar que hai una paz general, se dice hai una paz octaviana. Subyugadas tódas las naciones de oriente y occidente, y no teniendo ya contra quien combatir, solo se dedicaron los romanos á disfrutar las inmensas riquezas que por medio de tantas conquistas habían adquirido y acumulado en la capital del imperio; con lo que se afeminaron, relajáronse sus costumbres, la patria fué para ellos en adelante un nombre fantástico, y la severa disciplina de sus legiones se convirtió en una licencia absoluta, con la cual la soldadesca desenfrenada abatía y elevaba á su antojo á los emperadores. La naturaleza guarda exactamente sus leyes, lo mismo en los cuerpos físicos que en los morales, y el imperio romano era un monstruoso gigante que por su propio peso tenía que sucumbir; así fué, que para contener á las provincias mas remotas, sublevadas por las vejaciones de los empleados públicos, asalariaron tropas de los bárbaros, con lo que les abrieron la puerta para la dominacion, y estendiéndose los godos, vándalos, alanos, y suevos, que son los que conocemos hoi por alemanes, hungaros, polacos, suecos, rusos, moldavos y valacos por la Europa, vencieron, arrollaron y arrojaron de la Italia y Francia á los romanos, y en España los vándalos con su rei Gunderico, los alanos mandados por Atases, los suevos bajo las órdenes de Armenerico, y los silingos que tenían á su frente á su general Respendias, entraron en ella en el año 409 de Jesucristo, y la repartieron entre sí; pero despues de continuas guerras, los vándalos pasaron al Africa, y sometidos ó degollados los demas bárbaros por los godos, quedó tota la España por estos, y fundaron la monarquia española que subsiste hasta

describen las circunstancias de estas guerras. Con lo cual ya comprendemos los títulos que se da á sí mismo Justiniano en el principio de las instituciones: ellos no indican, como hoi dia se acostumbra, las provincias que poseía, sinó los pueblos que había vencido en la guerra. Si se llama *alemánico, gótico, franco, germánico*, es porqué había derrotado á los godos, á quienes parece pagaban tributo los alemanes, franceses y germanos: *alánico, vandálico, y africano*, porqué había deshecho á los vándalos y alanos en el Africa, y recobrado aquella provincia. Creen algunos que en lugar del título *Antico* debe leerse *Póntico*, por haber vencido algunas naciones en el Ponto Euxino. Pero tampoco habrá inconveniente en atenerse al testo vulgar, porqué tambien los Antes fueron un pueblo que esparció el terror de su nombre en tiempo de Justiniano.

§. V. No fué ménos esclarecido Justiniano en la paz que en la guerra; pues reunió en un cuerpo el derecho romano que estaba esparcido por innumerables volúmenes; de suerte que con razon se gloria en el *pr. Inst. proæm.*, de haber ennoblecido la magestad imperial con las armas, y fortificádola con las leyes. Así que, pasaremos á considerar por su órden los libros que mandó formar, para saber de qué partes se compone el cuerpo de derecho. El primer libro, pues, que mandó componer fué el *Código Justiniano*, publicado en el año 529. Llamábanse códigos los libros cuadrados, y dábase principalmente este nombre á los libros que contenían las constituciones de los emperadores. Ya

nuestros dias, sin que ni Justiniano, ni ningun otro emperador romano los haya arrojado de ella; por cuya razon, quando dice el autor que Justiniano destruyó el imperio de los godos, se debe entender el de Italia, la cual reconquistó en el año 535, venciendo á los ostrogodos que se habían apoderado de ella; pero de ningun modo el reino que fundaron en España.

antes de Justiniano existían tres colecciones de estas constituciones: los códigos *gregoriano*, *hermogeniano* y *teodosiano*. Los dos primeros, formados por autoridad privada, comprendían las constituciones de los emperadores gentiles desde Adriano hasta Constantino el Grande (*). El otro, compuesto por el emperador Teodosio el joven, contiene las cartas ó constituciones de los emperadores y príncipes cristianos. Aquellos hace tiempo que perecieron, á escepcion de algunos fragmentos conservados en la *Jurisprud. Vet. Antejustin.* del sabio Antonio Schultingio, p. 685 y 709. Pero el Código Teodosiano todavía subsiste, aunque incompleto, ilustrado con excelentes comentarios por Jacobo Gothofredo, y publicado en Leon año de 1665. De estos tres Códigos mandó Justiniano hacer uno mas sucinto, dando el encargo á Triboniano, excuestor del S. palacio, y (***) gran jurisconsulto de aquellos tiempos, pero de religion gentil, segun opinan al-

(*) Es bien sabido que Constantino trasladó á Constantino-
pla, fundada por él, la silla del imperio romano que ántes residía en Roma; y que dió la paz al cristianismo, haciendo su religion la del estado, en vez del abatimiento y proscricion en que ántes se encontraba; por cuya razon se le dió el renombre de Grande, á pesar de que á él se le debe atribuir la precipitada caida del imperio romano, al ménos el del occidente.

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

gunos ; y quiso que de su nombre se llamara Código Justiniano.

¿Pero qué lugar ocupa este código en el cuerpo del derecho? Debe observarse que pereció hace mucho tiempo, sin que en el día pueda hallarse, porque como veremos en el §. 10, le abolió el mismo Justiniano. Es verdad que en nuestro cuerpo del derecho tenemos un código; pero no es el Justiniano, sino el revisado ó *Repetita Prælectionis*, que es algo mas moderno. Entre tanto ha de notarse, que siempre que en las Instituciones se cita el Código, se entiende del antiguo, que no existe.

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

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

2) Que este libro se llamó *Pandectas* de un nombre griego que quiere decir todo, y un verbo que significa contener ó recibir porque contiene todas las cuestiones y disputas legales ; y por decirlo así, recibió en su seno cuanto se pudo recoger por todas partes. L. 2. §. I. ff.

de Vet. Jur. Enucl. Llámase también *Digesto*, porque no se aglomeraron indistintamente y sin orden las materias, sino que se distribuyeron con orden y en determinados títulos. De ambos vocablos se valieron otros autores y jurisconsultos para designar otros tratados. Pues *Apicio*, que escribió del *arte de cocina*, llamó á su libro *Digesto*, y mucho tiempo ántes de Justiniano escribieron *Pandectas* y *Digestos* *Juliano*, *Ulpiano*, *Celso*, *Paulo* y otros.

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

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

§. VII. Aun no se habían publicado las *Pandectas* cuando salieron á luz en los años 530, 531 y 532 las *cinuenta Decisiones*, acerca de las cuales examinaremos (1) por qué se escribieron; (2) quién las escribió, y (3) dónde se hallan. Las cincuenta decisiones tuvieron origen de las sectas de los jurisconsultos. Es de saber que ya en tiempo de Augusto florecían en Roma dos mui célebres jurisconsultos, á quienes *Tácito*, *Annal. I. III*

c. 75, llama dos *ornamentos de la paz*, Antistio Labeon y Ateyo Capiton. Era el primero tan amante de la libertad, que Augusto ni aun ofreciéndole el consulado, pudo atraerle á su partido, L. 2. §. 47. ff. de *Origine Juris*. El segundo, *dotado de aquel ingenio cuyas condescendencias no pueden ménos de ser gratas á los dominantes*, Tac. *ib.*, adulaba á Augusto. Estos jurisconsultos disientían en muchas interpretaciones del derecho. El principal discípulo de Capiton era Masurio Sabino, el de Labeon Nerva (*), á quien sucedió Próculo. Como propagasen estos jurisconsultos en sus descendientes la doctrina de sus maestros, se llamaron *Sabinianos* los primeros, y *Proculeyanos* los segundos. A Sabino sucedió Cayo Casio Longino, Pegaso á Próculo, de quienes recibieron estas sectas nuevos nombres, llamándose aquellos *Casianos*, y estos *Pegasianos*. Unos y otros andaban mui desacordes en varios principales puntos del derecho, siendo este por consiguiente ambiguo é incierto. Justiniano para dar fin á estas controversias, publicó las cincuenta decisiones, en las cuales unas veces se adhirió al parecer de los Proculeyanos, otras al de los Sabinianos, y otras á ninguno de los dos perdidos.

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

3) Y dónde se hallan estas cincuenta decisiones?

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

(*) Abuelo del que fué emperador.

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

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

§. VIII y IX. Por el mismo tiempo se escribieron las *Instituciones* ó *Instituta*, que ocupan el primer lugar en el cuerpo del derecho, cuyos autores fueron tres jurisconsultos de aquella edad, *Triboniano*, *Teófilo* y *Dorotheo*, quienes sin embargo no las compusieron de nuevo, sinó que tomaron una gran parte de ellas de los jurisconsultos antiguos, como *Ulpiano*, *Florentino*, *Cayo*, segun se advierte por los fragmentos que nos han quedado de las instituciones de Cayo (*). Publicáronse las instituciones en el año 533, y recibieron su autoridad juntamente con las *Pandectas*. Y aunque se compusieron con el principal fin de que por ellas aprendiesen los jóvenes los elementos del derecho en las tres academias de Roma, Constantinopla y Berito, recibieron

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

tambien al mismo tiempo igual autoridad legal que tienen las constituciones de los príncipes (*). §. 6. *proœm.*

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

No es suficiente solo el que la magestad del príncipe sea respetada por la fuerza de las armas, si que tambien es menester que afiance su autoridad en las leyes para gobernar bien el reino en tiempo de paz y de guerra : ni conseguirá completamente su objeto, si ademas de alcanzar en los combates la victoria al enemigo, no reprime con la sabiduría de sus leyes la injusticia de los calumniadores, y se hace tan esclarecido por su justicia como grande por sus victorias y triunfos.

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

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

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

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

Adviértase que así como se citan por leyes las Pandectas y el Código , las Instituciones se citan por párrafos ; de suerte que puesto el número del párrafo, se añade la letra I ó *Inst.* señal de las Instituciones , y

forme á nuestro pensamiento estas instituciones, á fin de que, sin necesidad de antiguos libros, llenos de máximas desusadas, podais recibir de la magestad imperial los primeros elementos de la legislacion, aprendiendo solo cosas útiles, y únicamente lo que se practica actualmente, á fin de que con brevedad os entereis de las constituciones de los emperadores, que apénas se sabían ántes, despues de cuatro años de estudio, pudiendo teneros por felizes en gozar de estas ventajas, y de tener el honor de obtener de vuestro mismo emperador el principio y fin del estudio de la jurisprudencia.

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

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

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

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

Dada en Constantinopla á 30 de diciembre de 533.

despues sigue el título ; v. gr. *Princ. Inst. de Nuptiis* §. 3. *Inst. de Actionibus*.

§. X. Aquí pudieran haber cesado los desvelos de Justiniano, si Triboniano y sus consocios hubiesen trabajado con mas cuidado; pero concluidos el Código, Pandectas é Instituciones, se vió inmediatamente que era defectuoso el Código Justiniano, y en muchos capítulos contrario á las Pandectas. Ningun otro remedio quedaba mas que hacer otro nuevo, y abolir el primero; lo que se verificó en el año 534. Con esto ya se entiende lo que dijimos en el §. 5. de que ya no existe al presente Código Justiniano, y tambien por qué el Código que existe en el cuerpo del derecho se llama Código *repetitæ prælectionis*, que no es otra cosa que el primero revisado y enmendado cuidadosamente, y con muchas adiciones y espurgaciones. De donde proviene el que muchas vezes el Código sea citado en las Instituciones, y sin embargo no se halle el pasaje citado en el Código que tenemos. Porqué habiéndose compuesto el que existe despues de las Instituciones, no pudo Justiniano citar en ellas mas que el primero. Suele citarse el Código poniendo primero el número de la lei, y alguna vez el párrafo, despues la letra C., signo del Código, y finalmente la rúbrica del título ; v. gr. L. 42. §. 9. C. de *Episc. et Cleric.* El órden de las materias es casi el mismo en el Código que en el Digesto, y no hai mas diferencia sinó que en el Código van al principio las constituciones de la Santísima Trinidad, de las iglesias, hereges, obispos ; y que el derecho público se trata en los libros XI y XII que tienen de particular el que si se cita alguna lei de ellos, se suele añadir el número del libro y el del título : v. gr. L. 1. C. de *fundis et saltibus rei dominicæ. Lib. XI. Tit. 66.*

§. XI y XII. Concluido ya el cuerpo del derecho, Justiniano sancionó, segun su costumbre, otras muchas

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

§. XIII. Todas las obras que hasta aquí dejamos enumeradas, se trabajaron bajo los auspicios del emperador Justiniano. Pero ademas hai otras insertas en el cuerpo del derecho que no deben su origen á este príncipe: tales son las *Auténticas*, de que hablaremos en este párrafo; y los libros de los *Feudos*, que serán la materia del siguiente. A las *Auténticas* se las llama tambien *Novelas*, por llevar en todas las ediciones la inscripcion: *Authenticæ seu Novellæ constitutiones Justiniani, Sacratissimi principis*. Pero aquí no se trata de estas. Trátase sí de saber que al fin de muchas leyes del código se pusieron ciertos escolios, en los cuales se manifiestan las variaciones causadas por las *Novelas* y el nuevo derecho que se había ido introdu-

ciendo. Por ejemplo, á la l. 13. *C. de S. (L. I. t. 2.) Ecclesiis* se la pusieron dos Auténticas, porque permitiéndose por la lei á los que entran en alguna religion el que puedan hacer testamento, en estas Auténticas se nota que la tal disposicion está variada por las Novelas V y CXXIII; y estos escolios son propiamente lo que se llaman Auténticas (*).

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

(*) Y estas Auténticas son de dos clases : doscientas diez son extractos de las Novelas de que habla el autor, y las trece restantes son extractos de las constituciones de los emperadores Federico primero y segundo de Alemania, hacia mediados y fines del duodécimo siglo, y por esto se llaman *Authenticæ friedericianæ*, que en forma de extracto se insertaron en el código por los catedráticos de Bolonia, y por ser mas recientes son preferidas á las otras constituciones. Se conocen por la inscripcion *Nova Constitutio Friederici*, y se citan como los extractos de las Novelas.

(**) El primero que enseñó el derecho romano en la universidad de Bolonia, fundada y conservada por los papas para enseñar, en ella el derecho romano y el canónico, despues que en 1137 se descubrieron las pandectas en *Amalfi*, ciudad de la Italia, fué el jurisconsulto *Pepo*, á quien siguió *Irnerio* ó *Werner*; y como este ilustrase el testo de las compilaciones de Justiniano, con notas relativas al fondo de la materia y al de las espresiones, á lo que se llamó *glosas*, adquirió una reputacion mucho mayor; tanto que en el duodécimo siglo se le llama *Magister Guarnerius* ó *Wernerius de Bonnonia*; y *Odofredo* en la *Gloss.*, ad. Fr. 6. D. 11, le llama *primus illuminator scientiæ nostræ*, y sin duda por esta razon dice el autor que fué el primero que restauró y enseñó la jurisprudencia en Bolonia.

§. XIV. También tenemos en el cuerpo del derecho los libros de los *Feudos* (*), aun cuando no pertenecen al derecho romano. En efecto, los romanos no conocieron los feudos, pues son originariamente de institución germánica, aunque después se introdujeron en casi todas las naciones de Europa.

Los autores de estos libros fueron en el siglo XII Gerardo Níger, y Oberto de Orto, cónsules de Milan, que con autoridad privada escribieron las costumbres feudales. Como volviese después á florecer en Bolonia el estudio del derecho, el jurisconsulto Hugolino agregó al cuerpo del derecho estos libros de los feudos como apéndice de las novelas. De aquí provino, el que juntamente con el cuerpo Justiniano fue recibido en el foro este libro como derecho feudal comun, por el cual se deberían decidir las controversias feudales en caso de faltar costumbres, leyes ó estatutos especiales. Para citar los libros de los feudos se pone primero el número del libro, después la letra F., y finalmente el número del capítulo, y alguna vez el párrafo, v. gr. 2. F. 24. §. 2.

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

§. XV. Resta la última parte del proemio, en la cual se pregunta: *cuál sea la autoridad así de estos libros como del mismo cuerpo del derecho?* Esta cuestion se resolverá perfectamente por medio de tres axiomas

(*) Feudo, segun dice la lei 1. tit. 26. Part. 4., es bien fecho que da el Señor á algunt home porqué se torna su vasallo, et le face homenage de serle leal: et tomó este nombre de fe que debe siempre guardar el vasallo al señor.

incontestables. (I) *Una lei posterior siempre deroga la anterior*, L. ult. ff. de Const. princ. La lei es la voluntad del sumo imperante, y la voluntad posterior no puede ménos de mudar y quitar la anterior. (II) *Los particulares no establecen leyes*. Puede el particular interpretar las leyes (*), puede aconsejar, juzgar segun ellas, pero no hacerlas, porqué la lei es un decreto del sumo imperante, y de nadie mas que de él. (III) *Las leyes dadas por el imperante solo obligan á sus súbditos, no á los estranos*. Se dice que la lei es un decreto del sumo imperante; pero nadie es sumo imperante mas que con relacion á sus súbditos. De estos indisputables axiomas se deducen muchas consecuencias acerca de la autoridad del derecho que vamos á esponer. *Primeramente*, de que la lei posterior derogue la anterior se sigue (1) que el Código Hermogeniano y Gregoriano, de los cuales en el dia solo

(*) Interpretacion es la aclaracion de una cosa dudosa; y así cuando la lei está tan oscura que no se sabe cuál fué la mente del legislador, es preciso acudir á este para que manifieste lo que quiso mandar; de modo, que en este caso la interpretacion está inherente á la soberanía, y ningun particular tiene autoridad para interpretar la lei. Por esta razon se manda en nuestra legislacion que cuando en el foro sobrevenga un caso que no esté comprendido en la lei, ó está, fuese tan oscura que no se pueda saber lo prevenido por ella, los juezes acudan al soberano para que resuelva lo correspondiente; de manera, que si la lei estuviese desusada, ó por el transcurso del tiempo ó mayor civilizacion, y la pena aplicada, por ejemplo, á un delito pareciese escesiva y dura, entónces los juezes deben acudir al soberano y hacérselo presente para que provea de remedio, pero nunca temprarla ni minorarla á su arbitrio, porqué no tienen facultad para ello; y es un abuso intolerable y perjudicial al estado el que los tribunales conmuten las penas y no se atengan exactamente á la lei. Por eso cuando dice el autor que el particular puede interpretar las leyes, debe entenderse de la interpretacion doctrinal; esto es, que puede explicarlas, comentarlas y aclararlas con ejemplos y racionios.

existen fragmentos, igualmente que el Código Teodosiano que poseemos casi íntegro, no tienen al presente autoridad ninguna; pues conteniendo estos libros el derecho antejustiniáneo, los deroga el derecho de Justiniano. Y de aquí es que estos códigos pueden ser útiles para interpretar las leyes, pero no servir para el foro, aun cuando en ellos se encuentren las leyes mas íntegras y puras que en el Código Justiniáneo. Y segun la *L. 2 §. 19. C. de Vet. Jur. Enucl.* cometía el crimen de falsedad el que citaba libros anteriores á Justiniano para decidir los pleitos. Síguese del mismo axioma (2) que las Novelas derogan la Instituta, Pandectas y Código: pues segun vimos en el §. 11 y 12. son posteriores á todos los libros del cuerpo del derecho. Por ejemplo, en las Instituciones, Pandectas y Código se establece el derecho de suceder abintestato de distinto modo que en la *Nov. 118.* Qué disposicion es la que se deberá seguir! La que se contiene en la Novela, porqué la lei posterior deroga la anterior. (3) Dedúcese de este primer axioma, que el Código deroga las Instituciones y las Pandectas, por ser posterior á entrambas. Por lo cual si no concuerdan, es preferido el Código; por ejemplo, las Pandectas *L. 79. de adquir. vel omitt. her.* establecen que los padres tengan pleno dominio en los bienes adventicios de sus hijos. Mas en los títulos del Código *de bonis maternis* y *de bonis quæ tiberi* se adjudican estos bienes á los hijos. Qué derecho prevalecerá! El del Código; porqué la lei posterior deroga la anterior. (4) Derívase del mismo axioma que por disposicion de Justiniano no se derogan mutuamente las Pandectas y las Instituciones, porqué quiso que ninguno de los dos libros fuese anterior el uno al otro, puesto que ambos los promulgó el emperador en 30 de diciembre de 533. *L. 2. C. §. 23 de Vet. Jur. Enucl.* Se ha dicho por disposicion de Justiniano, porqué él mismo había con prudencia dispuesto,

que se compusieran estos libros de modo que en nada discrepasen. Mas como sea cierto que no siempre lo ejecutaron Triboniano y sus compañeros, y en realidad discrepen á veces las Pandectas y las Instituciones, se pregunta; qué disposicion se deberá seguir! Dos son las reglas que han de observarse: (1) *la Instituta tiene ménos autoridad que las Pandectas, por quanto fué sacada de ellas*, pues siempre merece mas fe el original que el extracto. Así, pues, cuando se consideran las Pandectas como un original de donde se han tomado las Instituciones, con razon son preferidas á estas. Por ejemplo, en la *Instituta de R. D.* se dice ser *especificacion cuando uno hace trigo de espigas ajenas*. Lo contrario se dice en la *L. 7. ff. de acquir. rer. dom.* A qué libro daremos mas crédito! A las Pandectas, porque se conoce que se sacó mui inexactamente de ellas este pasage de las Instituciones. (2) *Ceden las Pandectas á las Instituciones, siempre que aparezca que se hizo alguna inovacion por estas*. Pues la lei posterior deroga la anterior. Así que, si es cierto que Justiniano quiso mudar en las Instituciones alguna cosa de las que estableció en las Pandectas, sin duda deberá ser preferida la posterior voluntad del emperador. Por ejemplo, en la *L. 9. y L. SS. ff. de manum. vindicta*, leemos que el menor de veinte años no puede manumitir, á no ser por *vindicta*, aprobada que sea por el tribunal la causa que para ello tenga. Y en el §. 1. *Instit. quibus ex causis manum. non licet*, se permite á los menores de diez y siete años el que puedan manumitir libremente. Qué disposicion prevalecerá! La de las Instituciones. Porque es claro que el emperador quiso abolir é innovar el derecho antiguo espuesto en las Pandectas.

§. XVI. El otro axioma es que *el particular no establece leyes*. De él es fácil inferir qué autoridad gozan las Auténticas copiladas privadamente por Irnerio, se-

gun digimos en el §. 13. Su autoridad no viene de haberlas compuesto Irnerio, porqué el privado no establece leyes; sinó de haber sido sacadas de las Novelas y de otras constituciones de varios príncipes, de cuya autoridad nadie duda. Por eso todas siguen esta regla: *las Auténticas no tienen autoridad de leyes, á no ser en cuanto convienen con las Novelas de donde están sacadas.*

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

§. XVII. El tercero y último axioma es: *Las leyes dadas por el imperante obligan solo á sus súbditos, no á los extraños.* Por este axioma podrán resolverse dos cuestiones. (1) Nos obliga á nosotros el cuerpo del derecho de Justiniano? No pueden obligarnos las leyes dadas por este emperador. Porqué este príncipe mandó en oriente, y jamas dominó en Alemania, la Bélgica, ni la Francia, y por tanto no tuvo facultad para dar leyes á estas naciones y otras varias de Europa. Por la historia aparece que los germanos, belgas, galos y otros varios pueblos tuvieron muchos siglos despues de Justiniano leyes propias, mui diversas de las romanas. Mas no obstante tiene autoridad el derecho Justiniano, por haberle recibido y sometidos voluntariamente á él, á causa de su equidad, usándole en las cátedras, academias, y en el foro; cuya introduccion se verificó en el siglo XIII y siguientes. Dedúcese de esto que no todo el derecho de Justiniano nos obliga, sinó solamente el reci-

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

LIBRO PRIMERO

TÍTULO PRIMERO.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

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

I. En la Instituta y Pandectas se empieza desde luego á tratar de la *Justicia*, por ser esta el fin de la jurisprudencia y el próximo blanco del jurisconsulto, y convenir que el estudioso tenga siempre á la vista el fin que se propone. Así como el teólogo mira como fin la eterna felicidad, y el médico la salud del cuerpo, del mismo modo el último fin del jurisconsulto es la interior tranquilidad de la república, la que solo se obtiene por medio de la justicia; por lo cual es el fin próximo esta justicia. Quítese la justicia, y viviremos como los pezes, que el mayor devora al menor. La jurisprudencia por consiguiente se cultivó con el fin de que haya igualdad de derecho en la república, para que se aumenten las virtudes con los premios, estingan los crímenes con los castigos, se dé á cada uno lo que es suyo, ande el buei seguro por los campos, ó como habla el apóstol, para que vivamos quieta y tranquilamente en toda piedad y honestidad, 1 *Tim.* 2. 2. Con sublimes palabras espresa *Ulpiano* el fin de la jurisprudencia en la *L. I. §. 1. ff. de justitia et jure*, donde llama á los ju-

risconsultos sacerdotes de la justicia, así como los filósofos, se llamaban en otro tiempo sacerdotes de la sabiduría y de la virtud. Pues así como el fin del sacerdote es tributar culto á Dios, y hacer mejores á los hombres, de la misma manera nosotros le tributamos á la justicia, y enseñamos públicamente las nociones de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto. *V. L. I. §. 1. D. h. t.* Luego se separan enteramente de este fin aquellos que aprenden el derecho para manejar alguna vez las leyes en el foro, y lucrarse arruinando las fortunas de los hombres. Ciertamente que estos no merecen llamarse jurisconsultos, sinó buitres togados, peste de la república, tanto peores que los mismos ladrones, cuanto que roban impunemente con capa de justicia. Quede, pues, impreso en el ánimo de los legistas que el fin de la jurisprudencia es la justicia.

§. XIX. Pero qué es esta justicia? En las Instituciones y en el Digesto se define diciendo que es la *voluntad constante y perpetua de dar á cada uno su derecho*. Buena definicion, con tal que se entienda como se debe. Está sacada de la filosofía estóica, que seguían la mayor parte de los jurisconsultos antiguos; y para los estóicos toda virtud era *una constante y perpetua voluntad*; pues tenían siempre por malo al que lo era una vez. De aquí es que Ciceron *Parad. III. c. 1.* donde examina los principios de los estóicos, dice: *que solo la virtud guarda conveniencia con la razon y perpetua constancia*. Qué otra cosa es esto mas que una constante y perpétua voluntad? Luego cuando se dice en la definicion que la *justicia* es una voluntad constante y perpetua, es igual que si se dijera que la justicia es una virtud, de manera que esto es el género de la definicion. La diferencia específica es: *de dar á cada uno su derecho*: en la cual se diferencia la justicia de las demas virtudes; pues la piedad da culto á Dios, la templanza

da al templado lo que pide la virtud y la honestidad, y la justicia da al prójimo lo que se le debe. Luego es una constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho. Con todo eso no es fuera de propósito preguntar si acaso esta definicion es perfecta, y si la justicia definida de este modo es el fin de la jurisprudencia. Para entender la pregunta debemos saber que la *justicia* es de dos maneras, *moral* y *civil*. La *moral* es una virtud que consiste en la mente, ó un hábito del ánimo, por el cual uno arregla sus acciones á la lei. Luego no es justo en este sentido aquel que cumple sus obligaciones esternas para con los demas, á no hacerlo por amor de la virtud y con buena intencion. El fariseo, por ejemplo, que se alababa de no ser robador, ni adúltero, ni publicano, no era moralmente justo porque no se abstenía de estas depravadas acciones por amor de la virtud, sinó por hipocresía. Al contrario se llama *justicia civil*, cuando arregla uno las acciones esternas á la lei, de suerte que da á cada uno lo suyo, aun cuando no lo haga por amor de la virtud ó con buena intencion, sinó por miedo del castigo. Por consiguiente si uno paga al magistrado los tributos, si no daña á ningun conciudadano, ni mata á nadie, ni comete hurtos ni rapiñas, será civilmente justo, aunque haga todo esto con repugnancia, aun cuando sea hipócrita y aun ateo. Ahora bien cuales son los medios, tal es el fin. Los medios que facilita la jurisprudencia, son las penas y los premios. *L. 1. §. 1. ff. de Just. et Jure*; estos á ninguno pueden hacer moral sinó civilmente justo, porque en el foro nadie sufre pena por sus pensamientos, *L. 18. ff. de Pœnis*: luego la justicia civil es el fin de la jurisprudencia, sin embargo de que la justicia que en nuestro derecho se define, es la moral, que seguramente no se obtiene por solos los preceptos de la jurisprudencia. Cómo, pues, se podrá definir la justicia

civil que es el fin de esta? Diciendo entenderse por justicia *la atemperacion ó conformidad de las acciones esternas con las leyes, en virtud de la cual no se daña á nadie y se da á cada uno lo que es suyo.*

§. XX. Habiendo ya visto qué es justicia, se pregunta ahora de cuántos modos sea? Siguiendo á Grocio *de Jure Belli et Pacis. L. I. c. I. §. 8.*, la dividimos en *espletriz* y *atributriz*; contra cuya division disputa fuertemente el sabio Pagenstechero *in Admonit. Part. I. §. 6.*; aunque todo viene á parar en decir que las palabras no son bastante propias. Vamos á verlo nosotros. Los deberes que tenemos respecto de los demas hombres, son de dos maneras: unos que la lei prescribe como *necesarios*, en tales términos, que el que no cumple con ellos, se le puede obligar á castigar; tales son todos los que se derivan de aquella regla de justicia: *No hagas á otro lo que no quieras para ti*; por consiguiente no se debe matar á nadie, ni injuriarle, ni dañarle: las deudas deben pagarse, los pactos cumplirse etc. Si hai alguno que no haga esto, puede el magistrado obligarle á ello ó castigarle, y de aquí es que estos deberes son *perfectos*. Otros deberes recomienda la lei como *honestos*; pero á nadie obliga á cumplirlos dejándolos solo á la virtud de cada uno: tales son todos aquellos que se derivan de la honestidad ó del decoro. Así, por ejemplo, la lei manda que se dé limosna á los pobres, que se ejerza con todos la humanidad, que se enseñe el camino al que se ha extraviado, que se dé fuego al que lo necesite etc.; pero si alguno no lo hiciere, aunque será un inhumano, no por eso se le podrá demandar ú obligarle el magistrado por medio del castigo á ejecutarlo. Pertenecen estas cosas mas bien á la voluntad y al buen oficio que á la obligacion. *L. 17. §. 3. ff. commendati*; y se llaman *deberes imperfectos*. De todo lo dicho pues, será fácil conocer en qué se diferencia la justicia *espletriz* de la *atributriz*.

§. XXI. Esplettriz es la que da á cada uno lo que se le debe por derecho perfecto. Por consiguiente, el que se abstiene de robos y rapiñas, paga sus deudas, observa los pactos y contratos, cumple con la justicia esplettriz, porque está obligado á todas estas cosas por el derecho perfecto, de modo que puede el magistrado compelerle con la fuerza á entrar en órden y á cumplir á otros estas obligaciones.

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

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

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

§. XXII. Tratamos tambien ahora de los tres preceptos del derecho que se refieren en el §. 3. *Instit. h. t.* y en la *L. 10. §. 1. ff. h. t.*, porque se pueden explicar fácilmente por esta primera division de la justicia. Estos tres preceptos son *vivir honestamente, no hacer daño á nadie, y dar á cada uno lo suyo*. Pudiera alguno preguntar, por qué razon los jurisconsultos mencionan solamente estos tres preceptos, cuando les sería fácil enumerar otra porcion de ellos, como guardar los pactos etc. Pero los jurisconsultos discurrieron mui bien. La justicia ó es atributriz ó espletriz. La atributriz comprende los deberes imperfectos que se derivan de la honestidad: de aquí el precepto del derecho: *Vivir honestamente*. La espletriz versa acerca de los deberes perfectos. O nos manda abstenernos de los vicios prohibidos por la lei, ó hacer lo que las leyes nos mandan. El que se abstiene de los vicios prohibidos por la lei, obedece al precepto: *No hacer daño á nadie*: el que hace lo que las leyes mandan, cumple con el precepto: *Dar á cada uno lo suyo*. Luego estos son verdaderamente los genuinos principios del derecho en general á que pueden referirse todas las doctrinas de la jurisprudencia, y de los cuales únicamente se deducen estas. Aquel, por ejemplo, que se abstiene de hurtos, rapiñas, daños, injurias, es justo, pues á nadie daña: el que cumple los contratos y guarda los pactos, es justo, porque da á cada uno lo que es suyo. El que obra en la república como buen ciudadano, procura servir á la patria, observar el culto divino, vivir con temperancia y modestia es justo, pues que vive honestamente; de suerte que estos tres preceptos contienen mas verdades de lo que vulgarmente se piensa.

§. XXIII. Síguese la otra división de la justicia, la cual segun sentir de los doctores, ó es universal ó particular: y esta se subdivide en conmutativa y distributiva; pero ambas divisiones son inexactas. Examinemos las definiciones, siguiendo la mente de Aristóteles, de cuyos preceptos morales está sacada la division. Segun este filósofo, *Eth. 1. la universal* es el ejercicio de todas las virtudes para con los demas. Luego si uno es justo, y liberal, y humano, y modesto, será un varon justo en quanto á la justicia universal. *Particular* es la que reprime la avaricia, de suerte que en los bienes externos no da á uno mas utilidad, ni causa á otros mas gravamenes que lo que es justo. Por ejemplo, si uno distribuyendo cargos, honores, premios, no se entrega á la avaricia, sinó que da á cada uno lo suyo, dícese que ama la justicia particular. Esta es ó conmutativa, ó distributiva. *Conmutativa*, la que mira á la cosa, no á las cualidades de la persona, de suerte que observa una igualdad perfecta cual se halla en los contratos. Por ejemplo, el panadero vende el pan al senador á igual precio que al zapatero; si obrase de otra manera, sería injusto. Al contrario, *distributiva* es la que mira á las cualidades de la persona; y observa una igualdad geométrica. Por ejemplo, el príncipe distribuye los cargos y oficios en la sociedad: á uno hace consejero, al otro secretario, cónsul al tercero, al cuarto pretor, al quinto carnicero. ¿Pero será por ventura injusto, porqué no ha observado igualdad, haciendo á uno consejero, siendo todos hombres, y todos ciudadanos? Al reves, sería injusto si diera á todos los mismos empleos. Pues en la distribucion de honores, premios y penas no se debe mirar solo á la cosa, sinó tambien á la calidad de la persona. Así como no de cualquier madera se hace una estátua, tampoco de cualquier hombre un consejero, un secretario, un cónsul ó

un carnicero. Así discurren los doctores siguiendo á Aristóteles; y se pregunta si se deberá aprobar esta division. No solo decimos que fácilmente podemos pasar sin ella, pues que basta la primera sacada de las obras de Grocio, sinó tambien que no está hecha con exactitud. Porqué (1) en las divisiones un miembro no debe contener al otro. Qué absurdo no sería que dividiésemos un hombre en hombre entero y dedo auricular? Pues tan propia es aquella division : segun la cual la justicia es ó universal que comprende en sí todas las virtudes, ó particular que versa sobre la que es contraria á la avaricia. (2) Es falso como enseñó mui bien Hugo Grocio *de J. B. et P. L.* 1. c. 1. §. 8. que la justicia distributiva tenga lugar en los premios y penas, y la conmutativa en los contratos. Por ejemplo, el hurto se paga por derecho romano con el duplo. Supongamos ahora que un ladron es tan diestro que parece tener todo su ingenio puesto en los dedos, y otro tan estúpido, que tenga el alma como por via de sal para no pudrirse : ¿ por ventura se castigará por eso á este con el triplo, cuádruplo y quíntuplo? Finalmente, supongamos que Pedro, siervo, tiene tres señores, Juan, Diego y Pelayo, que Juan tiene en él la mitad, y Diego y Pelayo la cuarta parte. Pedro estipuló para sus señores ciento. ¿ Acaso se distribuirá esta suma igualmente entre sus señores, porqué proviene de un contrato la obligacion? No por cierto, Juan recibirá cincuenta, y los otros dos veinte y cinco cada uno. §. 3. *Inst. de stip. ser.* Hemos visto ejemplos donde no se observa perfectamente la igualdad en distribuir; y otro donde solo se observa en los contratos la geométrica. Luego mui bien podemos carecer de una division hecha con tanta inexactitud.

§. XXIV y XXV. Pasemos á la segunda parte de este título, que trata de la jurisprudencia. De esta dare-

mos dos definiciones ; una antigua que trae el §. 1. *Inst. h. t.* y la *L. 10. §. 1. ff. h. t.*, y otra nueva hecha por nosotros, por ser aquella poco exacta. Defínela Ulpiano en dicha *Lei 10. §. 1.* diciendo : que la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas , y la ciencia de lo justo y de lo injusto. El conocimiento de las cosas divinas y humanas no es mas que la filosofía que definen así todos los antiguos, y Ulpiano la toma como género. Mas por cuanto la filosofía trata de lo verdadero y de lo falso en la lógica, de lo bueno y malo en la filosofía moral , de lo útil en la política, de las cosas naturales en la física, cuyas ciencias no abraza la jurisprudencia , añade como diferencia específica *el conocimiento de lo justo y lo injusto*; de suerte, que el sentido viene á ser : que la jurisprudencia es una filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y lo injusto. Así Ulpiano, pero con poco acierto. Porqué es falso que la jurisprudencia sea ni filosofía ni parte de ella; pues la filosofía deduce sus doctrinas de sola la recta razon, como único principio de conocerlas, y la jurisprudencia de la lei escrita, aun cuando no sean conocidas por la recta razon. Si por ejemplo enseña la jurisprudencia que se debe ahorcar al ladron , será justo porqué lo manda la lei, aunque no lo dicte la recta razon. (2) Esta definicion trae su origen de la emulacion que antiguamente hubo entre los filósofos y los jurisconsultos, que se despreciaban unos á otros, segun es de ver por la *L. 1. §. 1. ff. de Just. et Jure* ; la *L. 8. §. 4 de Escus. tut.* y la *L. 1. §. 5. ff. de Ext. Cogn.* Los jurisconsultos juzgaban seguir la verdadera filosofía , porqué procuraban hacer mejores á los hombres por medio de los premios y los castigos. *D. L. 1. §. 1. ff. de Just. et Jure.* A cuyo dictámen se adhirió el filósofo Eufrates, segun refiere Plinio en el *L. 1. ep. X.* afirmando ser una parte de la filosofía, la mas escelente

sin duda, tratar de los negocios públicos, conocer, juzgar, promover y ejercer la justicia, y practicar las mismas cosas que enseñan; cuyo oficio es el de los jurisconsultos. Y así esta emulacion entre los jurisconsultos y los filósofos es la verdadera razon porqué Ulpiano definió la jurisprudencia dándole los atributos que los filósofos juzgaban propios de la filosofía. Pero una definicion producida por la rivalidad, es la mayor parte de las vezes defectuosa y poco exacta.

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

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

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

§. XXVIII. Interpretar es saber el espíritu y fuerza de las leyes, mas bien que atenerse á lo literal de ellas. *L. 17. ff. de legibus*. La interpretacion pues, ó la hace el legislador, y entónces se llama *auténtica*; ó el juez, y se llama *usual*; ó el jurisconsulto, y se dice *doctrinal*. *Auténtica* es cuando la lei es tan oscura que es preciso consultar al legislador para saber qué sentido la quiso dar. De esta interpretacion trata la *L. 11. ff. de leg.* Por ejemplo, dispone la lei que solo el dueño pueda perseguir la cosa hurtada, *L. 1. ff. de conditione furtiva*; pero había ya perecido parte de lo que se había hurtado; y el juez dudaba si en este caso tenía lugar el rigor de la lei, y así se consultó al emperador Alejandro, quien por la *L. I. C. de his quæ vi metusque causa* mandó que se pudiera perseguir la cosa hurtada aun cuando hubiese perecido.

Usual es cuando el juez interpreta las leyes por las causas juzgadas antes; de cuya interpretacion se trata en la *L. 12. ff. de legibus*. De aquí es que se consultan muchas veces las decisiones antiguas, y se saca de ellas

la interpretacion, siempre que en la curia se suscita alguna duda sobre el modo de interpretar tal ó cuál lei; y esta interpretacion se llama usual, porqué se toma del uso ó de la práctica pasada.

Llámase finalmente *doctrinal*, cuando los doctores ó jurisconsultos esplican la lei segun las reglas de la recta interpretacion, de que habla la *L.13. ff. de LL.* A esta interpretacion pertenecen todos los comentarios á las leyes y los escritos de los jurisconsultos, los cuales tienen alguna autoridad cuando observan las reglas de la buena interpretacion; pues valen tanto cuánto valen las razones alegadas en ellos. La *doctrinal* es de tres maneras *extensiva, restrictiva y declarativa.* *Extensiva* es cuando se estiende mas la razon de la lei que sus palabras, y por lo mismo la interpretacion comprende casos que no están espresados en la lei. Por ejemplo, si prohibiera el príncipe bajo la pena de confiscacion de bienes, que nadie estrajese trigo de su reino, y un comerciante movido del interes, esportase el trigo en harinas, incurrirá en la pena aun cuando la lei no hablase una palabra de las harinas. Porqué siendo el objeto del legislador que no se viese el reino afligido por la carestía del trigo, sufriría lo mismo estraido este que estraida la harina. Al contrario, *restrictiva* es cuando las palabras de la lei se estienden mas que la razon que la motivó, y así por la interpretacion se escluye el caso comprendido en el testo literal, por no ser objeto del legislador. Por ejemplo, en Bolonia había una lei, segun refiere Ever. *Topic. Legat. Lib. II. Tit. 8*, que condenaba á muerte á todo el que derramase sangre en la plaza pública. Habiendo dado á uno una hemiplejía en la plaza pública, le sangró allí mismo un barbero; ¿había este incurrido en la pena? No por cierto, aun cuando estaba comprendido en las palabras generales de la lei. Porqué la razon de esta era la seguridad

pública, la cual no se turbaba por la picadura de la vena. Finalmente es *declarativa*, cuando las palabras de la lei indican lo mismo que se propuso el legislador al dictarla, y así solo se necesita explicar las palabras para entenderla bien. Hai una que dice: téngase por lei lo que disponga el padre de familias acerca de sus bienes ó la tutela de sus hijos. Aquí se entendera toda la lei con explicar quién es padre de familias, y qué se entiende por bienes y por hijos.

§. XXIX. A la interpretacion de las leyes se sigue su *aplicacion*, de la cual con elegantísimas palabras nos enseña Ciceron, Lib. I. *de Orat.* c. 18. en qué consiste. Se dice que aplica el derecho, ó segun la frase de hoi, está versado en la práctica, aquel que está instruido en el derecho lo suficiente (1) para *responder*, cuyo encargo pertenece á los jurisconsultos, especialmente en las academias alemanas, donde todos los dias responden á los que los consultan sobre varios casos: (2) para *defender*, oficio propio de los abogados y procuradores, que proponen en el foro los deseos de otros: (3) para *precaver*, lo cual hacen los abogados y notarios, quienes deben instruir á los que han de celebrar un contrato ú otorgar un testamento, ó tratar cualquier otro negocio civil, sobre lo que deben tener presente para no ser engañados, ó que no sea nulo el acto: (4) nosotros añadimos para *juzgar*, cuyo oficio es el de los juezes, quienes oido el derecho de las partes y aprobados los hechos, esto es, conocida la causa, pronuncian la sentencia segun lo actuado y probado. El que sabe bien todas estas cosas, es jurisconsulto, y como en otro lugar se espresa Ciceron, oráculo de toda la ciudad.

§. XXX y XXXI. A la definicion de la jurisprudencia siguen algunas divisiones; de las cuales es la primera que el derecho es ó *público* ó *privado*, cuya division se toma no del fin, sinó del objeto. Pues por razon

del fin toda la jurisprudencia es pública, porqué está dispuesta para la pública utilidad. De aquí es que muchas vezes se llama derecho público al privado, como en la *L. 28. ff. de Pactis*; *L. 8. ff. de Tutel.* *L. 29. ff. de Testam. Tut.*; *L. 9. ff. de his, qui sui vel alieni juris sunt*; donde atendiendo al fin y al origen, se dice que la tutela es del derecho público, cuando por razon del objeto no pertenece a este, *L. 6. §. 1. ff. de excusat.* Pero como he dicho, se divide mui bien respecto al objeto en público y privado. Pues uno es el derecho que versa acerca de los negocios públicos, por ejemplo, acerca de los derechos de los que mandan, acerca de la guerra, la paz, las embajadas, las confederaciones, y otro el que trata de los negocios privados, á saber, de lo mio y tuyo, por ejemplo, de los contratos, pactos, testamentos, legados. Con lo cual entenderemos fácilmente las definiciones de uno y otro derecho. A saber, el derecho público es el que dispone del estado y derechos de las cosas públicas, esto es, el que enseña cuáles sean los derechos de los imperantes, cuáles los de los súbditos, y las relaciones entre unos y otros, etc.; de donde resultan tantos derechos públicos como hai repúblicas. Al contrario, privado es el que tiene por fin la utilidad de cada uno de los individuos de la sociedad, esto es, lo mio y tuyo, ó el patrimonio de los súbditos. De aquí es que si por ejemplo pido por la accion de hurto la restitution del duplo ó cuádruplo, esta accion es del derecho privado, porqué pertenece al patrimonio de los particulares. Al contrario, si el fiscal acusa al ladrón para que se le ahorque, esta acusacion sera de derecho público; porqué no se trata en ella de lo mio y tuyo; sinó de la seguridad de la república, á la cual interesa sobremanera quitar de en medio á los ladrones.

TÍTULO II.

DEL DERECHO NATURAL, DE GENTES Y CIVIL.

§. XXXIII. La rúbrica del título nos está diciendo que tiene tres partes. Pues se trata (1) del derecho natural §. 33-36, (2) del derecho de gentes §. 37-42, (3) y del civil §. 43-74. Se trata de varias divisiones del derecho, que esplicaremos tomando la cosa de bien atras.

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

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

§. XXXV. El divino se divide en *natural* y en *positivo*. Dios es el supremo legislador: y el legislador no solo medita las leyes, sinó que tambien las promulga, porqué no puede obligar ningua lei ántes de promulgarse. Por esto es ridículo lo que en el c. 41. refiere Suetonio de C. Calígula, que espuso una lei con letras mui pequeñas, y en un sitio estrechísimo, para

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

§. XXXVI y XXXVII. Vamos ahora á ver (1) cuál es la definicion que en el derecho romano se da del derecho natural y del de gentes, §. 36-39. (2) Cómo podrán definirse con mas exactitud segun principios mas sanos, §. 40-41. El derecho natural en sentir de Ulpiano *L. I. §. 3. ff. de J. et J.* y de Justiniano *pr. Inst. h. t.* es el que la naturaleza enseñó á todos los animales, y derecho de gentes el que es comun á solos los hombres entre sí. Pero contra estas definiciones hai mucho que objetar. Porque (1) los animales brutos están destituidos de razon; y lo que carece de razon, no puede ser obligado con leyes. ¿Quién iría á prescribirlas leyes á un

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

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

árbol para que bailase, á un caballo para que cantase, y á un cabron para que fuese casto? Estas cosas carecen de razon, y por consiguiente ni entienden las leyes, ni estas pueden obligarlas. Si no pueden ser obligadas por leyes, son incapazes de derecho, y por tanto es falso el que la naturaleza ha enseñado el derecho natural á todos los animalas.

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

¿Cómo, pues, incurrieron los antiguos en errores como los que muestran estas definiciones? Algunos pretenden que los estóicos, á quienes siguieron los jurisconsultos, concedían racionalidad á los brutos. Pero ni los estóicos hicieron semejante cosa, como nos enseñan el libro de Plutarco intitulado *de Solertia animalium*, ni tampoco los jurisconsultos, quienes en la *L. 1. §. 3. ff. si quadr. paup. fec.* dicen que los brutos carecen de entendimiento. Luego la verdadera hipótesis de los estóicos y de los jurisconsultos, fué como sigue: vivir segun el derecho natural es vivir segun la naturaleza; la naturaleza ó es comun á los brutos con el hombre ó propia del hombre: vivir segun aquella es vivir segun el derecho de la naturaleza: vivir segun esta, es vivir conforme á las reglas del derecho de gentes. Y de aquí nacen las dos definiciones que hemos dado, por ejemplo defenderse de los agresores es comun á los brutos y á los hombres: luego es del derecho natural. Pero guardar los pactos es propio de la naturaleza humana, porqué los brutos no pactan; luego es del derecho de gentes. Por la

L. 1. §. 3. 4. ff. de Just. et Jure se ve claramente que esta fué la verdadera opinion de los jurisconsultos antiguos. Pero si supieron los antiguos que no cabía obligacion en los brutos, y que por lo mismo no se les podía suponer derecho, ¿porqué les concedieron sin embargo derecho natural? Oigamos á Cujacio dar una respuesta elegante á esta objecion en la *Not. 1. ad. pr. Inst. h. t. Los brutos*, dice, *no son capaces de derecho porqué tampoco lo son de recibir injuria, y no teniendo razon no pueden tener derecho. Pero si lo que los brutos hacen por incitacion natural, es hecho por los hombres, estos lo hacen por derecho natural.* Luego segun la opinion de los estóicos y jurisconsultos, si por ejemplo los brutos se defienden por impulso natural, lo hacen sin razon ni consejo. Si los hombres hacen esto mismo con consejo y razon, entónces se dice de ellos que obran segun el derecho natural.

§. XXXVIII y XXXIX. De dos modos era para los antiguos el derecho de gentes, primario y secundario. *Primario es aquel derecho que la razon natural prescribe á todos los hombres, y se guarda igualmente por todos: §. 5. Inst. h. t. Secundario es el que se ha introducido por exigirlo el uso y necesidades humanas: §. 1. Inst. eod.* Luego se diferencian estos derechos (1) por razon del origen: el primero proviene de la misma razon, ó por mejor decir de Dios, que es su autor: el secundario, le introdujeron las naciones por un pacto tácito. Por ejemplo, la razon enseña á todos los hombres que se deben cumplir los pactos; mas el hacerse siervos los prisioneros de guerra, lo establecieron entre sí las naciones por medio de un pacto tácito. Luego la primera disposicion es del derecho de gentes primario: la segunda del secundario. Se diferencian por la materia. El derecho primario es absoluto, porqué obliga absolutamente al hombre como hombre: por ejemplo, la

religion para con Dios, la santidad de los pactos. El derecho secundario es hipotético: no existiría, si no supusiéramos ciertas necesidades ó ciertos estados de cosas. Así por ejemplo, el hurto no sería prohibido, si no supusiéramos introducido el dominio de las cosas; la guerra no sería de derecho, si no diéramos por supuesto un estado en que los hombres carecen de jueces.

§. XL. Hasta aquí hemos espuesto la doctrina de los antiguos respecto del derecho de la *naturaleza* y de las *gentes*; pero no se podrán definir mas exactamente ambos derechos? Nadie puede negarlo. Desde que los modernos cultivaron con mas esmero el derecho de la naturaleza, advirtieron que su definicion no debía tomarse mas que del autor de ella y del modo de promulgarse. Siendo su autor Dios, y habiéndose hecho la promulgacion de este derecho por la recta razon, se definirá muy bien diciendo que es *un derecho promulgado por el mismo Dios al género humano por medio de la recta razon*. Casi del mismo modo formó el apóstol idea del derecho de la naturaleza, cuando la llamó lei inscripta hasta en los corazones de los gentiles. *Rom. 2. 15.* Y se dice que este derecho está inscripto en los corazones de todos, en el sentido de que le conocen todos inmediatamente por la recta razon, con tal que usen de ella y quieran consultarla. Por esta definicion vemos igualmente, (1) que es falso lo que con los escolásticos enseña Grocio J. B. et P. §. 11. *de proleg.* que habría algun derecho de la naturaleza, aun cuando dijésemos lo que no se puede decir sin gran impiedad que no hai Dios, ó que no cuida de las acciones humanas. En esto se equivoca mucho este gran varon, porqué derecho es la union de todas las leyes en un mismo género (§. 33.): luego donde no hai ninguna lei, no hai ningun derecho: y ninguna lei seguramente puede haber donde no hai ningun legislador, donde no hai Dios: luego no exis-

tiendo Dios, no existe el derecho de la naturaleza. Es verdad que podría el ateo, aunque negase la existencia de Dios vivir según los preceptos del derecho natural, abstenerse de hurtos, muertes, injurias; pero entonces no lo haría por obediencia al derecho, sino por su propia utilidad, porque vería que de otro modo no podría vivir en la sociedad. Por esta definición vemos también (2) que el derecho de la naturaleza es inmutable, §. 11. *Inst. h. t.* puesto que lo es la voluntad de Dios, de donde nace, y la razón por cuyo medio se promulga. Si se mudase el derecho de la naturaleza, ó Dios dejaría de ser Dios, ó el derecho de la naturaleza conforme, ántes de la mudanza, con la razón, sería contrario á esta despues de la mudanza, lo cual es un absurdo. Luego no puede mudarse el derecho de la naturaleza. Pero ¿en la *L. 6. pr. ff. de Just. et Jure* no se dice que se muda por el derecho civil? no por cierto. Porque (1) se distingue entre el derecho natural *permisivo* y el *preceptivo*. El género humano puede renunciar el *permisivo* como derecho introducido en su favor; pero no puede mudarse el *preceptivo*. Y de aquel habla principalmente la *L. 6. pr.* Por ejemplo, hai una lei preceptiva que dice: á nadie dañes. Ninguna lei civil puede mudar esta disposicion, y si algun príncipe ó tirano se atreviera á ello, tendría lugar el dicho de los apóstoles, *Act. 5. 29.*: ántes se debe obedecer á Dios que á los hombres. (2) Deberáse distinguir entre mudar el derecho, y atemperarle al estado de la república. No puede hacerse lo primero; pero si puede hacer lo segundo cualquier legislador, porque deja intacto el derecho de la naturaleza, y solamente le añade ciertas circunstancias. Por ejemplo, la obligacion de cumplir los pactos es del derecho natural. El derecho civil añade la circunstancia de que los pactos no sean nudos, sino juntos con cierta

estipulación. Luego no muda la regla, sinó que añade la circunstancia que parecía exigir el estado de la república. Y de esta atemperación del derecho natural al estado civil es de la que habla en *d. L. 6. pr. de Just. et Jure.*

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

lo mismo eran mas del derecho civil que del de gentes: v. gr. la esclavitud de los prisioneros de guerra, el derecho de sepultura, etc. Por consecuencia de todo lo dicho queda establecido que no hai derecho de gentes diverso del derecho natural.

§. XLII. Volvamos á la division anterior. El derecho era ó divino ó humano: el divino se dividía en natural y positivo. Hasta aquí hemos tratado del natural, síguese ya el positivo. El derecho divino positivo es *aquel que promulgado por las sagradas Escrituras (*) no se conoce por medio de sola la recta razon*. Luego se diferencia muchísimo del natural, aunque entrambos provengan de Dios. Pues (1) el natural está promulgado por la razon; el positivo por las sagradas Escrituras (**). (2) Aquel es de perpetua necesidad, y así está unido con la recta razon, para que con solo ella le conozcan aun los mismos gentiles. Pero este último no es de perpetua necesidad, sinó que depende de la libre voluntad de Dios, y por lo mismo ignoraría el hombre que tal cosa es justa á no enseñárselo las sagradas Escrituras (***) : v. gr. los preceptos que Dios había impuesto á los israelitas de la circuncision, sacrificios, prohibicion de comer de los animales impuros eran leyes divinas, pero no de absoluta necesidad; ni la razon podría dictar á los judíos que era ilícito comer puerco ó liebre á no habérselo revelado la Escritura. Este derecho divino positivo se divide en *universal y particular*. Llamamos *universal* al que es comun á todo el género humano, v. gr., las leyes del Génes. 9. 6. Levit. 18. 20. *Particular* al que es propio de la nacion judáica,

(*) Y las *tradiciones*. V. el lug. cit. del conc. trid.

(**) O por la *tradicion*. Ib.

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

v. gr., las leyes de la circuncision, de los sacrificios, sobre la comida de los animales, la lepra, y las demas leyes ceromoniales y forenses. Hai algunos que ponen objeciones á este derecho universal positivo, y niegan su existencia; pero en otro lugar trataremos de esta controversia que no está al alcance de los principiantes.

§. XLIII. Pasamos á tratar del derecho humano ó civil, que es la tercera parte de este titulo. Dícese que el derecho civil es *el que cada pueblo establece para sí mismo, y es propio de cada ciudad. L. 9. ff. de Just. et Jure.* Así que, se diferencia del derecho natural y de gentes, en que este no es propio de una nacion ó ciudad, sinó que es comun á todo el género humano. Efectivamente cada nacion de por sí manda ó prohíbe muchas cosas que ni son torpes ni honestas, pero que empiezan á ser justas, porqué lo exige la utilidad de la república. V. gr. el cazar fieras no es injusto, y sin embargo puede prohibirse por el derecho civil de muchas naciones, miéntras que otras lo permiten. Así el servir en lamilicia no es en sí ni torpe ni honesto; pero sin embargo, la lei romana mandaba á todos los ingénuos militar por cierto número de años. Luego todas la leyes que cada pueblo en particular establece acerca de estas cosas, son de derecho civil. De aquí se deduce, (1) que el derecho civil no es uno mismo para todas las naciones, porqué tampoco para todas es igualmente útil ó perjudicial una misma cosa. (2) Que hai tantos derechos civiles como ciudades ó repúblicas. Mas sin embargo (3), por cuanto los moradores de la mayor parte de los pueblos se sometieron voluntariamente al derecho romano por su grande equidad, este derecho se llama por escelencia derecho civil, y tambien derecho comun. Y así, cuando hablamos del derecho civil ó comun, la mayor parte de la vezes lo decimos por el derecho romano.

§. XLIV. Este derecho civil se divide en escrito y no escrito. Pero ante todas cosas, debe notarse que aquí no se toma gramaticalmente la palabra escribir por estender en el papel los pensamientos, pues hai derecho escrito que nunca se ha reducido á letras, y se da tambien derecho no escrito, aun cuando esté consignado en escritura; v. gr., las costumbres feudales que se hallan en el cuerpo del derecho. Pues ¿qué entienden los jurisconsultos por escribir si no toman esta palabra en el sentido gramatical? Entre los jurisconsultos la palabra *escribir* es lo mismo que *promulgar*; derecho *escrito* quiere decir *promulgado*; derecho *no escrito*, *no promulgado*; cuya significacion no fué desconocida de los griegos. Luego de cualquier modo que el derecho se ha promulgado espresamente, bien sea por medio de la escritura, ó del pregonero, ó de cualquier otro modo, se llama derecho escrito, ó reducido á escritura. Así es, por ejemplo, que los lacedemonios usaron de derecho escrito, aunque jamas se redujeron á escritura las leyes de Licurgo. Luego siempre que el derecho haya ido adquiriendo fuerza obligatoria en la república tácitamente y sin promulgacion, bien se haya reducido á escrito, ó bien no, se llamará derecho no escrito, v. gr. las costumbres feudales. Por esto conocemos que Justiniano en el §. 10. *Inst. h. t.* derivó con poca exactitud esta division del derecho de las costumbres de lacedemonios y atenienses, como si aquellos hubieran usado del derecho no escrito, y estos del escrito, cuando una y otra ciudad se regía por derecho escrito, puesto que Licurgo igualmente que Solon, había promulgado solemnemente sus leyes, aunque no quiso que se escribiesen. Luego erró Justiniano, á no ser que tomase el derecho no escrito en el sentido gramatical; en cuya suposicion, no cabe duda que los atenienses usaron del derecho escrito, y los

lacedemonios del no escrito. Mas entónces será falso que esta division traiga su origen de aquellas ciudades.

§. XLV. Seis son las especies del derecho escrito : (1) lei, de la cual se trata en el §. 46.; (2) plebísquito, §. 47.; (3) senadoconsulta, §. 48-50.; (4) decretos de los príncipes ó constituciones, §. 51-63.; (5) edictos de los magistrados, §. 64-66.; y finalmente (6) las respuestas de los jurisconsultos, §. 67-70. Por este orden se enumeran en el §. 3. *Inst. h. t.* las especies del derecho escrito. Pero puede nacer alguna duda de dos lugares que parecen oponerse. En este párrafo se dice que es derecho escrito el originado de las respuestas de los prudentes ; por el contrario la L. 2. §. 5. y 12. *ff. de origine juris* dice que no está escrito, y que solo consiste en la interpretacion de los jurisconsultos. Pero esto se salva distinguiendo los tiempos. Al principio es verdad que las respuestas de los jurisconsultos fueron un derecho no escrito, puesto que jamas se publicaron como leyes, sinó que fueron tácitamente adquiriendo fuerza de lei en el foro. Mas desde que Justiniano las incluyó en el Digesto, y mandó que se observaran por todos como leyes, empezaron á ser derecho escrito, como solemnemente promulgado. Volvamos á cada una de las especies del derecho escrito.

§. XLVI. La primera de ellas es la *Lei*. No se toma en este lugar la palabra lei en el sentido moderno, en el que se llama así todo precepto de los supremos imperantes, sinó en el sentido romano. Por lo cual explicaremos el modo de hacerse las leyes en Roma. En primer lugar (1) se escribía la lei por el cónsul, pretor, dictador ó cualquier otro magistrado, y se comunicaba al senado. (2) Si agradaba á este se hacía un senadoconsulta para dar la lei. (3) Despues se promulgaba, es decir, se esponía públicamente por tres ferias, esto es, veinte y siete dias, para que todos los ciudadanos

la pudieran leer y examinar. (4) En seguida se convocaban los comicios, á los cuales asistían todos los ciudadanos. (5) Hechos los sacrificios, se presentaba el magistrado senatorio, y proponía la lei con esta fórmula; queréis mandar, caballeros, que se reciba esta lei? (6) Despues se distribuían á cada ciudadano dos tablas, una con la letra A (apruebo las leyes antiguas), y otra con las letras V. R. (como lo pides). Despues (7) iban separadamente los ciudadanos por curias (*)

(*) La ciudad de Roma fué dividida al principio por Rómulo en tres tribus, y cada tribu en diez cuarteles ó curias, con sus ejercicios de religion y gefes oportunos, al modo que hoi están nuestros pueblos divididos en parroquias; y el sacerdote ó el que cuidaba de los sacrificios de cada curia se llamaba curion, á *sacris curandis*. En los primeros años de la fundacion de Roma se juntaba el pueblo romano por curias, porque aun no estaba dividido en centurias, sinó solamente en tres tribus; y de este modo se elegían los reyes y los magistrados, y se establecían las leyes y las ordenanzas. En estas mismas asambleas de las curias, se administraba la justicia tomando los votos del pueblo; pero en adelante solo se tenían para elegir los flámines ó sacerdotes de Júpiter, de Marte y de Rómulo; y el gran curion y cada curia elegía por su curion ó sacerdote á aquel que le agradaba. Las asambleas mas antiguas del pueblo romano, y aun las únicas que tuvo en mucho tiempo se llamaban en latin *comitia curiata*, juntas del pueblo romano por curias ó cuarteles, porque solo asistían á ellas los habitantes en Roma. Estas asambleas se tenían en un lugar llamado *Comitium*, y las presidían al principio los reyes, y despues los magistrados mayores; y cuando era para elegir flámines ó curion máximo las presidía el pontífice.

TRIBUS.

Luego que Rómulo fundó su ciudad, mandó numerar los ciudadanos, que solo eran mil de á pié y trescientos de caballería, dividiéndolos en tres tribus iguales. El robo de las sabinas que fué á los tres meses de su establecimiento, y las victorias primeras que consiguió contra los ceninianos, atemnatas y

ó centurias y echaban en una cestilla una de las dos tablas. Por consiguiente era válido lo que querían los

cruztinianos aumentaron insensiblemente su número; de modo que ántes de concluir Rómulo su reinado, se contaban en Roma cuarenta y siete mil hombres, todos soldados de igual espíritu y valor. Considerando Tarquino Prisco, quinto rei de Roma, el mucho aumento á que había llegado la ciudad y pueblo romano, añadió tres tribus á las que Rómulo había establecido, cuyo número fué creciendo de tal modo, que en el año 532 de Roma se contaban ya treinta y cinco, y las unas se llamaban en latin *urbanæ*, esto es, de la ciudad, y las otras *rusticæ*, del campo: de modo que los que habitaban en Roma componían las tribus urbanas, y los que vivían en la campaña, las rústicas; pero las tribus urbanas que fueron al principio las mas distinguidas, se vieron en adelante las mas despreciadas; porqué siendo censor Apio Claudio en el año 446 de la fundacion de Roma, y queriendo poner al pueblo de su partido, introdujo en ellas á los mas ínfimos de la plebe de la ciudad; de donde retirándose las mas antiguas y considerables familias, quisieron mejor entrar ó alistarse en las tribus rústicas ó del campo en donde poseían sus bienes. Esto fué causa de que la voz *tribu* no indicara en adelante la residencia de los que la componían, sinó su recepcion en una cierta parte del pueblo, y solo quedaron cuatro urbanas ó de la ciudad, que se llamaban en latin *suburana*, *esquilina*, *colina* y *palatina* de los cuatro cuarteles de la ciudad. Las otras treinta y una tribus eran rústicas, y tomaban el nombre de algun lugar ó de alguna familia ilustre. Estas tribus se juntaban de ordinario en el campo de Marte ó en la plaza de Roma, para elegir los magistrados de segundo órden, como tribunos del pueblo, ediles, triumviros, prócsules, etc., para establecer las leyes que llamaban *plebiscita*, y para otros asuntos semejantes. Estas asambleas se llamaban en latin *comitia tributa*, por tribus, y eran diferentes de las juntas que hacía el pueblo por curias, llamadas *comitia curiata*, porqué estas se componían solo de habitantes naturales de la ciudad de Roma, y las otras que podían convocar los tribunos, comprendían, ademas de los habitantes de Roma, á todos los de las ciudades de Italia que estaban agregados á ella, y que habían obtenido el derecho de ciudadanos romanos.

Las asambleas del pueblo por centurias, en latin *comitia*

ciudadanos, y podían aprobar la lei ó desecharla. (8) Por último contadas las tablas, si se hallaba mayor nú-

centuriata, eran las mas solemnes, y solo podían convocarlas los cónsules, los pretores, los censores, los dictadores y los decemviro, y había de preceder decreto del senado para su convocacion. Servio Tulio, sexto rei de Roma, fué quien estableció las centurias, cuando haciendo el primer censo del pueblo le dividió en seis clases ó cuadrillas, y cada clase en muchas centurias. La primera que se componía de los mas ricos, se dividió en ochenta centurias, incluyéndose en las cuarenta todos los que eran capaces de manejar las armas; y en las otras cuarenta las personas ancianas que habían de quedarse en la ciudad. La segunda clase era de veinte centurias, componiéndose diez de mozos y hombres ya hechos, y otras diez de los mas ancianos, pero que tenían ménos caudales que los de la primera clase. La tercera y cuarta clase se componían tambien de veinte centurias; la quinta de treinta, y la sesta clase comprendía toda la ínfima plebe, contándose solo por una centuria. El rei Servio Tulio escogió entre los nobles diez y ocho centurias de caballeros, y las agregó á la primera clase; de modo que esta clase contenía noventa y ocho centurias. Despues añadió dos centurias de trabajadores y de herreros á la segunda clase, y otros dos de trompetas y tocadores de flauta á la cuarta, lo que hacía un número de ciento noventa y tres centurias. El pueblo romano se juntaba por centurias cuando se habían de elegir magistrados, establecer leyes, declarar la guerra, examinar los delitos cometidos contra la república, ó contra los privilegios de los ciudadanos romanos; y la asamblea se tenía en el campo de Marte, fuera de la ciudad, cercándola todas las tropas puestas sobre las armas: en ella se tomaban los votos de cada centuria, y lo que aprobaba el mayor número de centurias, era ratificado por todo el pueblo; pero muchas vezes no daban su voto las centurias de las últimas clases, porqué luego que había noventa y siete, esto es, una mas que la mitad, de un mismo dictámen, quedaba decidido el asunto, y era inútil tomar los votos de los demas. De este modo el pueblo inferior que estaba en las últimas centurias, tenía mucho ménos poder en las asambleas por centurias que las que se hacían por curias ó por tribus. En tiempo de los reyes se observaba para los votos el orden siguiente: las noventa y ocho centurias de la primera clase daban

mero con la letra A, se tenía la lei por desecheda; pero si se hallaban mas con las letras V. R., se prómulgaba la lei como aprobada que estaba por los votos del pueblo. De esto trato con estension en las *Antig. Rom. h. t.* Ahora ya entenderemos fácilmente la definicion que se da de la lei, diciendo ser lo que el pueblo romano (todo) establece á petición de un magistrado senatorio

primero su voto; y si todas salían de un acuerdo, quedaba todo terminado y concluido, porqué componían el mayor número, no quedando ya mas que noventa y cinco centurias; pero si no se conformaban, se tomaban los votos de las veinte de la segunda clase, y despues los de las otras, hasta que se juntaban noventa y siete de un mismo acuerdo. Durante la república se sorteaban los nombres de las centurias, y la que primero salía era preferida en el voto. Despues del año 512 de la fundacion de Roma, en que se distribuyó el pueblo en treinta y cinco tribus, y que las centurias quedaron comprendidas en ellas, se sorteaba primero el nombre de las tribus para saber la que era preferida, y luego se sorteaban las centurias de esta tribu y la que salía primero daba su voto ántes que las otras. Luego se llamaban las demas centurias de la primera, de la segunda y de las otras clases segun su órden. Hubo tiempo en que los votos para la eleccion de los magistrados se daban en alta voz; lo que contenía al pueblo, avergonzándose cada uno de dar su voto á personas indignas y capaces de perjudicar á la república; Pero en el año de 614 se introdujo el uso de los escrutinios y votos secretos que favorecieron las pretensiones de los malos, abriéndoles camino para llegar á las grandes magistraturas, holgándose el pueblo de complacer á quien quería, sin pasar por la nota de declararse por impolítico ó mal intencionado. Las mesas sobre que se ponían las cestas ó cofres para echar las cédulas cuando se daban los votos se llamaban en latin *Pontes*, porqué eran mui altas y estrechas. A cada ciudadano se daban dos cédulas, de las cuales la una servía para aprobar, y estaba señalada con la inicial de estas dos palabras: *Uti rogas*: hágase lo que pedís, ó apruebo lo que proponéis: la otra era para negar, y tenía la primera letra de la voz *Antiquo*, que quiere decir anulo, y metafóricamente abrogo, desecho.

(como el cónsul, pretor, ó dictador). De aquí se sigue que durante la república libre fueron dos los requisitos de la lei: (1) que la lei se hiciese por todo el pueblo, que constaba de patricios y plebeyos: (2) que se hiciese á petición del magistrado senatorio.

§. XLVII. Ahora conoceremos en qué se diferencia la lei del plebísquito. (1) Este no se daba por todo el pueblo, sinó por los plebeyos solos; (2) no á propuesta de un magistrado senatorio, sinó de uno plebeyo, á saber, algun tribuno de la plebe. Porqué habiendo despues de espulsos los reyes, grandes desavenencias entre los patricios y plebeyos, é intentando aquellos establecer la aristocracia, y estos la democracia, se marcharon por último los plebeyos al Monte Sacro con intencion de no volver á la ciudad miéntras no consiguiesen tener un magistrado, cuales eran los tribunos de la plebe (*), que defendiese á esta de las in-

(*) La dignidad de tribuno en Roma significaba en general un hombre que tenía alguna inspeccion; y así había tribunos del tesoro, que eran oficiales sacados del pueblo que guardaban los caudales destinados para la guerra, y los distribuía en las urgencias á los cuestores de los ejércitos. Se elegían los mas ricos, y eran distinguidos en la república: tribuno de los céleres, que era el comandante de los céleres ó de la guardia que estableció Rómulo, que fueron cien jóvenes de los mas distinguidos en riquezas, nacimiento y buenas prendas que sacó de cada tribu para que sirvieran á caballo en su guardia; tribunos militares creados por Rómulo, segun Vegecio, y eran como nuestros coroneles. Al principio fueron solo tres. Se distinguían por una especie de puñal que recibían del príncipe al tiempo de su eleccion, por el anillo de oro, un vestido particular y cuatro soldados que los acompañaban: tribuno de las delicias, que era un oficial que cuidaba de las diversiones del pueblo, y de que nada faltase en ellas. Segun Casiodoro, se consideraba como empleo importante y de mérito para ascender. Pero los tribunos del pueblo de que hablamos aquí, eran unos magistra-

justicias de los cónsules y del senado. *Liv. l. 11. c. 33. L. 2. §. 20. ff. de orig. jur.* Como estos tribunos fuesen

dos que sostenían los derechos del pueblo romano, y le defendían de los cónsules, del senado y de los nobles. Su establecimiento fué en el año 159 ó 160 de la fundacion de Roma, poco despues de la grande division que hubo entre los senadores y el pueblo, y apaciguó Menenio Agripa, con la condicion de que el senado concedería al pueblo magistrados de familia plebeya para que conservaran sus derechos y libertad. Cayo Licinio y Lucio Alvino fueron los dos primeros tribunos del pueblo, á los que se asociaron otros tres que se mudaban todos los años; pero Lucio Trevonio aumentó este número hasta diez. La autoridad de los tribunos era mui grande, porqué no solamente podían juntar el pueblo, proponerle lo que querían, hacer reglamentos y leyes, sinó oponerse á los decretos del senado, anularlos, y citar á los demas magistrados ante el pueblo, y aun alguna vez hicieron prender á los cónsules, y multaron al dictador. Bien que en el año 672, que fué dictador Sila, disminuyó el poder de los tribunos, y ordenó que fueran escludidos para siempre de los demas empleos de la república, y que no se extendiera su jurisdiccion mas que á mil pasos de la ciudad; pero M. Cota en el año 679, y Pompeyo en el de 683, les restituyeron la autoridad que Sila les había quitado, permitiendo ejercerla tambien en las provincias. Aunque el empleo de tribuno no se dió en mucho tiempo mas que á los que eran de familia plebeya, quisieron no obstante ser admitidos en él los senadores y los nobles; pero se requería que el pueblo se lo ofreciese, porqué no les era permitido pedirlo. La casa de los tribunos del pueblo estaba abierta de dia y de noche, para que el pueblo pudiese entrar á cada instante y á toda hora á dar sus quejas, y por esto no se les permitía faltar de Roma ni un solo dia. Cuando aprobaban los decretos y sentencias del senado lo significaban con la letra *T*, y para oponerse á ellas usaban de la voz *veto*, sin dar razon para fundar sus oposiciones; y era de tanta fuerza esta palabra, que si algun magistrado no se hubiera contenido en ella, inmediatamente se le hubiera puesto preso como á transgresor de una autoridad inviolable. El atentar á la vida de los tribunos, injuriosos, ó hacerles alguna violencia, era un delito de los mayores. Aunque en Roma se hallase un

sacrosantos, esto es, inviolables, nada dejaron por hacer á fin de conseguir la suprema autoridad, é introducir una verdadera democracia. Y así es que empezaban á hacer leyes por los votos de la plebe, cuyas leyes se llamaban plebiscitos. De aquí resultaron nuevas contiendas. El senado ó los patricios no solamente se oponían con vigor á que los tribunos diesen semejantes leyes, mas tambien se negaban á someterse á las que ya se habían dado. Por fin, despues de muchas discordias, se dió en el año 304 de R. la lei Horacia por M. Horacio cónsul, y se previno que lo que mandase la plebe por tribus, obligase al pueblo (entero). *Liv. 1. III. c. 55.* Despues, como eludiesen los patricios con nuevas cavilaciones la lei Horacia, sucedió en 414 de la fundacion de R. la lei Publilia, dada por el dictador

dictador, conservaban siempre su autoridad los tribunos; pero sin poder oponerse á sus órdenes y reglamentos, como les era permitido con los demas magistrados. Es digno de notarse que los tribunos de la plebe y los ciudadanos populares que hacían discursos al pueblo en la plaza pública, tenían siempre vuelto el rostro al sitio de las asambleas del senado, por respeto á este primer cuerpo de la república. Licinio Craso fué el primero que violó esta costumbre, observada constantemente hasta entonces, lo que hizo por adular al pueblo, despreciando la autoridad del senado. Nadie podía ser tribuno del pueblo sin que tuviese treinta años cumplidos. Este empleo lo confirió el pueblo á quien quiso hasta el año 730 en que Augusto César se hizo nombrar tribuno; y los emperadores que le sucedieron tomaron este carácter; é hicieron marcar en sus medallas los años de su tribunado. Y así subsistió este empleo, aunque sin autoridad; siendo ya solo un título vano sin ejercicio ni honor hasta Constantino, en cuyo tiempo se desvaneció enteramente. Lo mismo sucede con nuestros procuradores de cortes. El empleo de tribuno tiene alguna semejanza con el del magistrado que en otros tiempos se conoció en Aragon con el nombre de justicia mayor.

Q. Publilio Filon, para que los plebiscitos obligasen á todos los quirites. *Liv.* VIII. c. 12. Finalmente al ver que los patricios tergiversaban de nuevo estas leyes, sublevada la plebe se retiró segunda vez al monte Janículo y no quiso volver hasta que por el dictador Q. Hortensio (año 456 de R.) se dió la lei Hortensia, con la cual se pusieron en uso las leyes Horacia y Publilia. *Gell. lib. XV. cap. 28. L. 2. §. 8. ff. de orig. jur.* Desde entónces, pues, no hubo en cuanto al efecto ninguna diferencia entre las leyes propiamente dichas y los plebiscitos, puesto que unos y otras obligaban á todo el pueblo: de donde provino que los plebiscitos empezaron poco á poco á llamarse leyes, que es el nombre que casi siempre tienen en las ff., por ejemplo, lei Aquilia, Falcidia, Atilia, *Cf. Gell. lib. 20. c. 20. y Cic. Orat. II. de lege Agraria. c. 8.*

§. XLVIII, XLIX y L. La tercera especie de derecho escrito son los *senadoconsultos* (*), que se deben considerar según los diversos tiempos en que los hubo; pues una cosa eran los senadoconsultos en tiempo de la república libre, y otra bajo los emperadores. En tiempo de la república libre, aunque se hacían senadoconsultos, no eran leyes, porqué el senado no gozaba de potestad legislativa. Entónces eran unos decretos del senado (**) acerca de las cosas encomendadas

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

(**) El senado romano era una junta de muchas personas considerables en que residía la autoridad soberana. En él se elegían los embajadores; se daban los gobiernos de las provincias y el mando de los ejércitos; tenía la administracion del erario público, y tomaba cuentas á todos los tesoreros; ordenaba y anulaba las leyes; recibía los embajadores; hacía tratados de paz, treguas y confederaciones; ordenaba las rogativas, y concedía el honor del triunfo á los generales de ejército que

á su cuidado v. gr., acerca de dar leyes, sortear las provincias, alistar soldados, etc. En mis *Ant. Rom.*

habían ganado alguna batalla, tomado alguna ciudad considerable, ó conquistado alguna provincia. Ordinariamente se juntaba el senado en el día de las calendas, de las nonas, y de los idus de cada mes, escepto en los meses de noviembre y diciembre, que eran vacaciones. Las calendas eran el primero del mes, y las nonas el siete de marzo, de mayo, de julio y octubre; y en los demas meses el cinco. Los idus sucedían á trece en los meses de enero, febrero, abril, junio, agosto, setiembre, noviembre y diciembre; pero en los de marzo, mayo, julio y octubre eran á quince. Augusto ordenó que no se juntara el senado sino en las calendas é idus de cada mes. Los dictadores, los consules, pretores y tribunos de la plebe tenían facultad para juntar el senado cuando les parecía, ó cuando ocurrían algunos asuntos extraordinarios ó importantes; pero no se les permitía juntarlo ántes de salir el sol, ni despues de puesto. Tampoco podía juntarse en los días de fiesta, en los que se juntaba el pueblo, ni miéntras se celebraban juegos públicos. Todo cuanto se hacía en la república se consultaba con el senado; y lo que el pueblo y tribunos disponían, se hallaba ordinariamente sin fuerza hasta que el senado lo autorizaba. Esto no obstante, se oponían muchas veces los tribunos á los decretos del senado, sin que pudiera pasar adelante hasta que se hubiesen apartado de la oposicion; y para obligarlos á que desistieran, era preciso recurrir á los otros magistrados, y usar de ruegos y amenazas, ó apelar al pueblo. Cuando algun decreto del senado se suspendía por oposicion de los tribunos, no dejaba por esto de registrarse; pero en lugar de llamarle *senatus consultum*, se llamaba *senatus auctoritas*. Es de notar la urbanidad de que usaba el senado cuando daba alguna orden á los magistrados expresándola con esta palabras: *Si iis ita videtur*: si gustan, si les parece bien. El nombre de los senadores que habían votado, se ponía con la fecha y sitio donde se había tenido el senado: D. E. R. I. C. esto es: *De ea re ita censuerunt*: así han votado sobre este asunto tal y tal cónsul y despues los demas. En el Capitolio, y en los templos de Saturno y de Ceres se guardaban las leyes, los decretos y sentencias del senado con el tesoro público, cuya custodia se confiaba á los ediles. El senado se juntaba en diversas partes: primero en los templos de la Concordia, entre el capitolio y la plaza romana, de la Fe, de

L. 1. Tit. 2. §. 48. se describe el modo de hacerse los senadoconsultos. Todavía se observaba la misma práctica bajo el imperio de Augusto, quien daba las leyes no por medio del senado, sinó de los votos del pueblo, porqué no pareciese que usaba de la autoridad de rei. Pero Tiberio fué el primero que persuadió astutamente al pueblo que le era molesto el reunirse, §. 5. *Inst. h. t. L. 2. §. 9. ff. de O. J.*, y como para aliviarse de esta molestia, trasladó los comicios del campo marcio al senado. *Tac. Annal. L. 1. c. 15.* Pero el verdadero objeto que se llevó en esto, fué poder mudar todas las cosas á su arbitrio; pues los senadores estaban entónces como ovejas sujetas á Tiberio, y no se atreverían á oponérsele en nada. El modo de hacerse estos senadoconsultos, consistía (1) en que reunido el senado enviaba delante el emperador un discurso ú oracion en que aconsejaba la admision de la nueva lei; y así es que los mismos senadoconsultos se llamaban muchas vezes *oraciones de los príncipes*, ó derechos establecidos por las oraciones de los príncipes. Véase el eruditísimo jurisconsulto Escipion Gentil *de orationibus principum*. (2) Esta oracion era leida por un cuestor candidato, *L. un. §. 2. et 4. ff. de offic. quæst.* (3) Despues hacia el cónsul la relacion, y se pedía su parecer á los

la Virtud, de Júpiter Estator, de Júpiter Capitolino, de Marte, de Apolo, de Cástor y Pólux, y en el de Vulcano. En el de Belona, estramuros de la ciudad, recibía á los embajadores de los pueblos enemigos. Y cuando era un senado convocado para algun asunto repentino ó inopinado, se llamaba *senatus Edictus* ó *Indictus*. En la historia romana tenemos muchos buenos ejemplos que manifiestan ocho escelentes caractéres en la conducta del senado romano miéntras fué libre; su aplicacion, el sigilo, la conservacion de la disciplina militar, la sabiduría en las recompensas, la fidelidad con los aliados, la firmeza en los riesgos de que estaba amenazada la república, la moderacion en los sucesos prósperos, y la confianza en los adversos.

senadores (*). (4) Dados estos pareceres, decía el César

(*) En la nobleza había dos órdenes; el de los senadores y el de los caballeros: luego se seguían los plebeyos, ó simples ciudadanos. Rómulo escogió cien personas distinguidas por su mérito y calidad para consejeros de estado, para juzgar las disensiones del pueblo, llamandolos senadores, en latín *senatores*, ó porqué eran ancianos ó por su prudencia, que es ordinariamente el distintivo de los viejos. También los llamó padres, *patres*, ó para demostrar el respeto que se les debía, ó para hacerles conocer que habían de ser los protectores y padres del pueblo. Rómulo, pues, fué el que instituyó los cien senadores primeros, á los que se añadieron otros ciento, sacados de las mas ilustres familias de Roma, cinco años despues que se recibieron los sabinos en la ciudad. Tarquino Prisco aumentó tambien este número el año 138, escogiendo entre las familias plebeyas ó ciudadanas cien personas distinguidas por su virtud y sabiduría, y con el título de patricias, las hizo recibir en el senado, que llegó entónces á componerse de trescientos senadores. Este número se aumentó mucho mas en adelante; porqué el año 708, siendo dictador Julio César, llegaban á novecientos; y en el de 711 había mas de mil durante el *Triunvirato*. En los primeros tiempos de la república no se daba la dignidad de senador sinó á los patricios; esto es, á los descendientes de los primeros senadores. Cuando se tuvo por conveniente recibir en el senado á los que eran de familia plebeya, se hacían ántes nobles. Era costumbre tomar en el órden de los caballeros á los mas beneméritos y nobles para ocupar las plazas vacantes del senado. Los cónsules y los censores los nombraban; y si el que era nombrado reusaba la dignidad de senador, se le quitaba la de caballero. Cuando se elegían senadores, no solo se consideraba su mérito, sinó tambien la edad y sus rentas. Para ser senador se necesitaban treinta años por lo ménos, y haber ejercido algun empleo; y si alguno se eligió de ménos tiempo, fué por favor, ó por su mérito extraordinario. La renta de los senadores en tiempo de Augusto era de ochenta mil sestercios, que son ciento y sesenta mil reales nuestros; y despues aumentó Augusto esta renta hasta trescientos veinte mil reales. Si llegaban á tener alguna pérdida considerable que disminuyese su renta, perdían tambien la dignidad y carácter del senador.

que cada cual se colocase en distinto lado, segun el

Esta ordenanza se hizo porqué habiéndose introducido en Roma la ambicion y lujo, despues de la conquista de Africa, pretendían muchos la dignidad de senador, sin mérito ni renta, y se temía que hicieran injusticias, y se dejaran corromper por dinero, no teniendo con que sostener su carácter, y con que satisfacer su vanidad y ambicion. Los primeros senadores se llamaban patricios, y sus descendientes eran de familias patricias; pero los que elegían los cónsules y los censores de entre los caballeros para ocupar las plazas vacantes en el senado, se llamaban *Patres conscripti*, porqué sus nombres se escribieron con los de los primeros senadores en una misma tablilla. Los senadores que no habían ejercido magistratura, se llamaban en latin *senatores peditarii*, porqué no podían ir al senado sinó á pié, cuando los que habían obtenido ciertas magistraturas se hacían llevar en sus sillas curules, ó tambien porqué siendo incapazes de dar por sí mismos un buen dictámen, y de esplicarse bien por falta de talentos, seguían el voto, y se conformaban con los que habían votado ántes que ellos; de lo cual nació este modo de hablar: *Pedibus ire in sententiam alicujus*. El distintivo de los senadores era la latielavia, ó el ropaje de bandas anchas de púrpura, el calzado negro que les cubría el pié y la mitad de la pierna, la media luna ó C de plata, cosida en este calzado, para espresar que los primeros senadores no eran mas que ciento. Algun tiempo despues de los primeros emperadores, se les empezó á dar el título de *Clarissimi*. Los senadores podían llevar sus hijos al senado; pero estos no podían votar hasta que hubiesen hecho juramento de no revelar las materias que se trataban. Al votar los senadores, podían hablar todo el tiempo que querían, no solo sobre el asunto propuesto, sinó es sobre cualquiera otra cosa, aunque fuese mui distinta, que es lo que Ciceron llama con frecuencia *Calumnia dicendi*. En el interregno gobernaban los senadores, y solo á los que lo habían sido se confería el mando de los ejércitos; y cuando asistían á los espectáculos, tenían sillas y sitios separados. Un senador no podía sin permiso ausentarse del senado; y estando en la ciudad, se hallaba obligado, bajo la pena de multa, á asistir á las asambleas del senado; pues sus decretos y sentencias no tenían fuerza cuando se hallaban en él ménos de cien senadores. Tampoco les era permitido tener dos mugeres, ni casarse con parienta, estrangera, muger pública ó esclava, ni comerciar.

dictámen que seguía: *qui hæc sentitis, in hanc, qui alia omnia, in illam partem discedite, qua sentitis.* (5) Hecho lo cual se levantaban los senadores, y se dirigían al lado que apoyaban con su parecer. (6) Finalmente, si la oracion del príncipe era aprobada por pluralidad de votos, entónces se estendía segun el espíritu de ella el senadoconsulto, que se grababa en bronce, y despues de presentarlo al público, se depositaba en el erario de Saturno (*).

(*) El tesoro público se guardaba en el templo de Saturno, fabricado en la falda del monte del capitolio, hacia la plaza de Roma, por el lado del Tíber. Ademas de ciento sesenta graneros y un grande arsenal, tenían los romanos otro tesoro ordinario, donde se recibían las rentas anuales de la república, y de él se sacaba lo necesario para pagar los gastos ordinarios; pero tenían otro que se llamaba sagrado: *Sanctum Ærarium*, donde, despues que se recobró Roma de los galos, se pusieron como en depósito sumas considerables, que no se debían tocar sinó cuando estos pueblos, que se temían en extremo, hicieran una nueva irrupcion. Esto dió motivo á la bella respuesta que dió César al cuestor ó tribuno militar que guardaba este tesoro, cuando se le hizo abrir por fuerza para gastarle en la guerra civil: *que era inútil guardarle mas, pues había puesto á Roma fuera de riesgo de ser nunca acometida por los galos.* En este tesoro era donde se pusieron despues las sumas inmensas que habían llevado los generales de los países conquistados; pues solamente de España, dice *Livio* lib. 34. que el pretor Marco Ervio entró en Roma catorce mil setecientas treinta y dos libras de plata sin marco; de sellada con el cuño de un carro de dos caballos, diez y siete mil y veinte y tres libras; y de plata de huesca ciento y veinte mil cuatrocientas y treinta y ocho. Quinto Minucio, su sucesor, dió al erario treinta y cuatro mil y ochocientas libras de plata; setenta y ocho mil de dos caballos; y de plata de huesca doscientas sesenta y ocho mil (bien que este número parece sospechoso). M. Caton, cónsul, triunfó tambien de España, y entró en Roma veinte y cinco mil, libras de plata sin marco; de dos caballos ciento veinte y tres (mil, de huesca quinientas y cuarenta, de oro mil y cuatro-

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

Y cuánto tiempo estuvieron en uso los senadoconsultos? Todo el tiempo que á los emperadores pareció conveniente el disimulo. De aquí es que todavía se hace mencion de senadoconsultos en tiempo de Antonio Severo, Antonio Caracalla, Eliogábalo, y Alejandro: desde entónces apénas se nombra ninguno. Pues acostumbrado ya el pueblo romano al gobierno monárquico, y trasladado por la lei regia todo su derecho á los emperadores, empezaron á ser ménos frecuentes los senadoconsultos, y la mayor parte de las innovaciones se introducían en el derecho por las constituciones de los príncipes, que ya empezaron á pu-

cientas libras: *Alvaro Alonso Barba, cap. 6.* Además de estos dos tesoros había otro fondo sagrado como el antecedente. Este era la veintena de todas las sucesiones que habían recaído en distintos herederos que los hijos de los difuntos; lo que subía á sumas escesivas. Se llamaba *Aurum vicesimarum*. Todos saben que el nombre general de *Ærarium* que se daba á todos estos tesoros, se originaba de la primera moneda de los romanos, que era de cobre, y se llamaba *Æs æris*. Los tribunos del tesoro, en latin *Tribuni Ærarii*, eran oficiales sacados del pueblo que guardaban el tesoro público, donde se ponían sumas considerables para pagar los gastos esraordinarios que tenía que hacer la república, principalmente en tiempo de guerra. Para tribunos ó guardias del tesoro no se escogían sinó personas mui ricas y desinteresadas.

blicarse en tiempo de Vespasiano, como lo muestra la *L. 4. §. 6. ff. de legislation.*

§. LI. La cuarta especie de derecho escrito son las *Constituciones*, y de ellas se pregunta (1) qué cosa son? §. 51. (2) de cuántas maneras? §. 52-55. (3) si tienen fuerza de lei? §. 56-58. (4) qué son privilegios, de cuántas maneras, y qué se debe observar respecto de ellos? §. 59-63.

(1) Qué cosa sean estas constituciones, lo esplicaremos brevemente por esta definicion: *Son la voluntad de los príncipes, que si estos quieren, tienen fuerza de lei* (*). Toda la definicion está en la *l. c. pr. ff. de Const. princ.*, á escepcion de las palabras *si quieren los príncipes*, que hemos sacado del §. 6. *Inst. h. t.* Es de saber que no todas las epístolas ó constituciones de los príncipes son leyes, sinó tan solo las que el príncipe quiere que sean observadas como tales por los súbditos. De aquí es que ni sus cartas privadas (cuales son las del emperador Trajano á Plinio, *lib. 10. ep. Plin.*) valen como leyes, ni los rescriptos espedidos á súplica de los particulares, como que pueden muchas vezes

(*) Cuando Roma no conservaba ra de su libertad mas que las fórmulas, y cuando los cargos se reunieron en la persona del príncipe por toda la duracion de su vida, empezó este, con arreglo á los usos de los antiguos magistrados de la república, á dar decretos y reglamentos en virtud de los cargos que ejercía, los cuales fueron llamados *placita* ó *Constitutiones Principum*, y el número de ellos fué necesariamente aumentando á medida que los príncipes aumentaban su poder, y los derechos que se abrogaba la arbitrariedad de los emperadores; pero al principio eran mui pocas, y la mayor parte ni siquiera tocaba al derecho privado, sí que tenía por objeto el gobierno, y particularmente las rentas del estado, la guerra y la administracion de las provincias; y casi ninguna encerraba nuevos principios de derecho, reduciéndose á indicar cómo debían esplicarse en ciertos casos las leyes vigentes.

ser considerados como subrepticios y obrepticios, si las súplicas no se apoyan en la verdad, como manifestaremos luego en el §. 56. Así que, las constituciones del príncipe son tenidas por leyes *si ellos quieren*.

§. LII. (2) Y de cuántas maneras son? Resp. Unas son *generales*, otras *especiales*. Generales son aquellas por las que el príncipe quiere obligar á todos, v. gr., si publica un edicto por el que condena á pena capital á los que se desafien. Por el contrario *especiales* son aquellas por las cuales permite ó manda extraordinariamente alguna cosa á una persona, de suerte que no sirva de ejemplar: v. gr., si el príncipe concede á Pedro privilegio de monopolio, si la lei castiga con mas severidad que de ordinario á uno de los ciudadanos. Tenemos un ejemplo en la L. 2. *fin. ff. de his, qui sui vel alien*. Y estas constituciones especiales se llaman tambien privilegios, de los cuales hablaremos mas abajo en el §. 59 y siguientes. Finalmente, las generales se dividen en *rescriptos*, *decretos* y *edictos*; de que se tratará separadamente en los siguientes párrafos.

§. LIII. (a) *Rescriptos* son aquellas constituciones por las cuales el príncipe responde á los memoriales de las partes ó á las consultas de los magistrados. Pues muchas veces los particulares remitían memoriales al príncipe, en los cuales se quejaban de tal ó cuál agravio que se les hacía: tambien muchas veces los magistrados, comunidades, colonias, municipios, consultaban, á los príncipes. Pues lo que entónces respondía el príncipe, eso se llamaba *rescripto*. Pero, sin embargo, segun la diversa condicion de las personas que consultaban, los *rescriptos* se llamaban ya *anotaciones* ó *subnotaciones*, ya *epístolas*, ya *pragmáticas-sanciones*. (a) *Anotaciones* ó *subnotaciones*, por las que el príncipe responde á los memoriales de las

partes ó de los particulares. Hai un ejemplo selecto en la *L. 9. ff. ad L. Rhod. de jactu.* (b) *Epistolas*, por las que el príncipe responde á las consultas de los magistrados. En el *Lib. X. ep. Plin. et L. 6. §. 6. ff. de offic. Procons.* hai muchos ejemplos de Trajano; y (c) *pragmáticas sanciones*, por las que el príncipe da respuestas á la consulta de toda una universidad; v. gr., de una provincia, ciudad, municipio, colegio. Hai un ejemplo en la *L. 3. §. 5. de offic. procons.*

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

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

en que en estos el príncipe determina motu proprio, y en los rescriptos á súplica de otros. (2) De los *decretos*, porqué en los edictos se establece un nuevo derecho, y por los decretos solamente se aplica el derecho, antiguo. (3) De los *mandatos*, porqué los edictos se estienen á todos los ciudadanos, y los mandatos se circunscriben á determinadas personas. Así es, por ejemplo, que muchas vezes se dan á los magistrados, embajadores, gefes militares, ciertas reglas de cómo deben obrar (hoi se llaman *instrucciones*), las cuales no son edictos, sinó mandatos, porqué no obligan á todos los ciudadanos, sinó tan solo á aquel á quien se han dado.

§. LVI, LVII y LVIII. (3) Por estas definiciones se explicáar fácilmente la tercera cuestion de si estas constituciones de los príncipes hacen derecho. (a) En cuanto á los *Rescriptos* no siempre lo hacen, ántes algunas vezes nada absolutamente valen; (1) si la súplica no está apoyada en la verdad, porqué el príncipe no está obligado á mandar cosa alguna en virtud de la simple narracion de una de las partes, á no ser bajo la condicion de que *la súplica esté fundada en la verdad*. Véase sobre esto la *L. ult. C. de divers. princ. rescr.* (2) Si el príncipe no hubiese firmado, ó si no se hubiese puesto el dia y el nombre del cónsul, y en estos tiempos el sello *L. 3. L. 4. C. eod.*; y aquí debe notarse que los príncipes firmaban antiguamente con color de púrpora sacado del múrice cocido, que se llamaba *sacrumen caustum*, ó sagrado esmalte, del cual á nadie mas que al príncipe era permitido usar, Sam. Stryck. *Diss. de sacro encausto*. (3) Si se hubiese impetrado el rescripto en perjuicio de la república ó del derecho de un tercero. Aquí pertenece todo el título del *C. si contrajus vel util publ.* y especialmente la *L. 6*. Se deberá de paso observar que á los rescriptos que adolecen de cualquier vicio semejante, suele oponerse en el foro la

escepcion que los prácticos suelen llamar de *Obrepcion* y *Subrepcion*.

(b) Acerca de los *Decretos* se deberá notar esta regla: Los decretos ó sentencias de los príncipes solamente hacen derecho entre las partes, no entre los demas; pues que son sentencias, y las sentencias no son verdaderamente leyes, sinó aplicacion de ellas, *L. 2. C. de LL. et const.* Luego no hacen derecho, á no ser entre las partes. Se exceptúan sin embargo dos casos; (1) Cuando el príncipe esplica al mismo tiempo una lei oscura, entónces esta esplicacion es reputada por lei. *L. 12. C. eod.* (2) Cuando el príncipe manda espresamente que se pronuncie del mismo modo en casos semejantes, *L. 3. eod.* De lo cual al mismo tiempo se deduce claramente cuánto ménos deben valer por la lei las sentencias de los juezes, y las decisiones de los tribunales, cuando ni los decretos del príncipe gozan siempre de aquella autoridad. Así, por ejemplo, Sandio escribió las *Decisiones curiæ Supremæ Frisiæ*; B. Hubero refiere otras semejantes en sus *Prælect. ad. ff.*, y el sabio Z. Hubero en las *Observat. rerum judicata-rum*; pero estas no hacen lei, y así es que en el dia las decisiones de la Frisia se separan mucho de las antiguas, como lo confiesa el citado Hubero, *Obs. rer. jud. obs. 93. p. 418.* donde dice: Varían frecuentemente, y son contrarias unas á otras las decisiones de los tribunales. Aun bajo el techo de un mismo tribunal se fallan ya de un modo, ya de otro causas de la misma naturaleza.

(c) De los *Edictos*, es cierta la regla de que son propiamente leyes, y de aquí es que en varios pasages de nuestro derecho se les da espresamente este nombre. En efecto, teniendo las constituciones fuerza de lei, si quiere el príncipe, §. 51., es consiguiente que los edictos la tengan, porqué cuando los promulga manda es-

presamente que se observen en todas partes y por todos.

§. LIX y LX. Hasta aquí hemos tratado de las constituciones generales: síguense las especiales, que también se llaman privilegios, como si dijéramos leyes privadas. Para los antiguos era lo mismo privado que singular, y por consiguiente el privilegio es una lei singular. Sin embargo, puede darse una definicion mas exacta sacada del §. 6. *Inst. h. t.* diciendo que *los privilegios son unas constituciones, por las cuales el imperante da alguna recompensa al mérito, ó impone una pena extraordinaria, de modo, sin embargo, que no sirva de ejemplar.* Por esta definicion se puede responder fácilmente á las preguntas siguientes: (1) ¿Son bien llamados leyes los privilegios? Resp. No hai duda que son leyes, porqué los prescribe el sumo imperante. Pero se objeta que no obligan; pues el privilegiado puede renunciar á su derecho, y abstenerse del uso del privilegio. A esto se responde, que aunque no obliguen á los privilegiados, obligan á los demas ciudadanos, para que estos no turben á los privilegiados en el uso de su privilegio; y respecto de estos, con razon se llaman leyes. (2) ¿Se diferencian los privilegios y los derechos singulares? Resp. Estos son beneficios dados por la lei á cierto órden de personas ó á uno de los sexos, así, v. gr., los menores gozan del beneficio de la lei de poder ser restituidos *in integrum*; las mugeres, por razon de la dote, gozan de tácita hipoteca en los bienes del marido, y son preferidas en el concurso á los demas acreedores, etc. Estos derechos singulares son llamados muchas vezes privilegios; pero no obstante se diferencian los privilegios propiamente tales, y los derechos singulares. (a) Porqué estos son dados por la lei aun á los que no los piden, aquellos deben obtenerse del príncipe: (b) aquellos se refieren á cada

una de las personas, y por eso se llaman leyes privadas, estos á muchas personas del mismo orden, sexo ó condicion. Cujacio, *Obs. lib. IV. c. 8.* fué el primero que observó esta diferencia.

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

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

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

§. LXIII. De aquí se deducen algunos axiomas que deben observarse acerca de los privilegios, de los cuales es el primero: (1) solo el imperante concede privilegios; luego no los concede el magistrado, como que él mismo está sujeto á las leyes. La razon está en el §. 60. porqué hemos demostrado que los privilegios son leyes, y la potestad legislativa reside en solo el supremo imperante. (2) Segundo: el derecho de conceder privilegios no reside en el magistrado, esto se infiere de lo primero. (3) Tercero, al imperante pertenece establecer en qué términos quiere que sea el beneficio que concede, *L. 191. ff. de R. J.* Este axioma se debe observar contra aquellos que abusando de la *L. 3. ff. de Const. princ.* piensan que la interpretacion estensiva tiene lugar en los privilegios, no obstante que esta *L. 3.* no habla propiamente sinó de los derechos singulares de que hemos tratado arriba §. 60.

§. LXIV, LXV y LXVI. La quinta especie de derecho escrito son los *edictos de los magistrados*. Porqué debe saberse (1) que los magistrados de Roma no fueron meros jueces, sinó que tambien tuvieron facultad de proponer edictos, por los cuales indicaban porqué órden y modo querían administrar justicia durante el tiempo de su magistratura. Tales eran los edictos que al principio del año publicaban en Roma

los *pretores* (*) para la administracion de justicia los

(*) El pretor que se estableció en el año 387 ó 388 de la fundacion de Roma para administrar justicia, era el primero despues de los cónsules, y *Publio Furio Camilo* fué el primer pretor elegido en los comicios juntos por centurias, con las mismas ceremonias de religion que aquellos : al principio no había mas de uno que administraba justicia á los ciudadanos en Roma ; pero como se establecieron en ella muchos extranjeros, se eligió en el año 510 ó en el 511 otro pretor que juzgara sus diferencias. El primero se llamaba en latin *Prætor urbanus*, juez de los ciudadanos ; y el segundo *Prætor peregrinus*, juez de los extranjeros ; pero este tenía ménos autoridad que el otro. Para ocupar el empleo habían de ser de familia patricia, aunque en el año 417 de la fundacion de Roma se nombraron de familia plebeya. Por el año 605 ó 607 hubo en ella seis pretores. Los dos que eran de la primera creacion, conocían de las diferencias de los particulares, y los otros cuatro de los delitos públicos, esto es, de los cohechos, de las facciones ó bandos, de los parricidios, de los crímenes de lesa magestad romana cometidos contra el pueblo romano, contra los privilegios de los ciudadanos romanos, y últimamente del peculado, ó del robo del tesoro público. Siendo Sila dictador en el año 672, añadió otros dos. César hizo tambien crear dos para cuidar de los víveres, y se llamaban *cereales*. Despues de la muerte de César añadió Augusto otros cuatro, y en adelante se vieron en Roma hasta quince pretores. Cuando Sicilia y Cerdeña quedaron reducidas á provincias, y despues de la conquista de España, se crearon pretores para cada una de las provincias conquistadas. Estos eran magistrados que las gobernaban, administraban justicia, y mandaban las tropas en la guerra por todo el año de su magistratura. En efecto, *Prætor* significa presidente, comandante, general de ejército ó capitán, saliendo esta voz de *præesse*, ó de *præire*, segun lo dice Tito Livio lib. 3, y Ciceron libro 3 de las leyes ; y como los que mandaban los ejércitos eran tambien jueces de las causas civiles en los cuarteles de invierno y en tiempo de paz ; por esto se llamaba *Prætorium* la tienda del general, la casa del pretor, y el lugar donde administraba justicia. No obstante, cuando la guerra era peligrosa, y se había de combatir con un enemigo poderoso, iba uno de los cónsules á la provincia invadida ó amenazada de irrupcio-

ediles (*) acerca de las costas que pertenecían á su nes, para defenderla y dar en ella las órdenes necesarias. El poder de los pretores era mui grande : podían alterar las leyes, abrogarlas y establecerlas. De esto nace que en el derecho romano se hace mencion muchas vezes del edicto del pretor. Tambien juntaban el senado y el pueblo cuando lo tenían por conveniente ; y en una palabra , tenían en Roma todo el poder cuando los cónsules estaban ausentes , y habían ido á mandar el ejército. Los pretores no podían ausentarse de Roma mas que diez dias ; y eran los que registraban los nombres de los esclavos á quienes se daba la libertad, y adjudicaban á los acreedores los bienes que se les debían. Tambien eran protectores de las viudas y de los huérfanos , y tenían cuidado de los juegos y sacrificios que se hacían á espensas del público. Las damas romanas se juntaban todos los años en la casa del pretor, para celebrar en ella la fiesta y misterios de la buena Diosa Cibéles, y estaba prohibida la asistencia de los hombres con pena de destierro. Para la eleccion de pretores se juntaba el pueblo por centurias. El dia primero de enero , despues de hechas sus rogativas y ofrecido un sacrificio en el capitolio, tomaban todos los distintivos de honor unidos á su dignidad , é iban precedidos de seis lictores. Su ropa era bordada de púrpura y los llevaban en silla de marfil. Cuando el pretor condenaba alguno á muerte ó á otro cualquier suplicio, dejaba su ropa ordinaria, y se ponía una de luto. Para ser pretor se necesitaban cuarenta años ; y el distintivo exterior de esta magistratura era la ropa pretesta que tomaba despues de haber hecho los votos en el templo : la silla curul puesta en un tribunal en sitio elevado en media luna : la lanza que manifestaba la jurisdiccion, y la espada que indicaba el derecho de cuestion. Fuera de la ciudad le acompañaban lo ménos seis lictores con fasces ; y se llamaban provincias pretorias aquellas adonde para su gobierno se enviaban solo pretores. La ropa pretesta era semejante á la toga ; y se llamaba así porqué estaba guarnecida por abajo con una banda ancha de púrpura.

(*) Los ediles eran magistrados romanos que tenían la inspeccion de los edificios públicos , de las fiestas, de los juegos, y de los espectáculos. Se llamaban así *ab ædibus curandis*, porqué cuidaban de los templos, y de las obras y fabricas públicas. Había dos clases que se nombraban todos los años ; y

jurisdicción, por ejemplo, las cosas venales, los caminos, públicos, etc., y en las provincias los pro-

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

cónsules (*) y *propretores* que en ellas tenían la misma autoridad que los otros magistrados en Roma, *L. 7. §. 2. ff. de Offic. Procons.* (2) Aun cuando los magistrados no eran legisladores, sin embargo fueron poco á poco mudando el antiguo derecho, ayudándolo, supliéndolo y corrigiéndolo, *L. 7. §. 1. ff. de J. et J.* Y esto se hacía (a) inventando nuevos vocablos, v. gr., posesion de bienes en lugar de herencia; (b) introduciendo nuevas lecciones, v. gr.,

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

constitutæ pecuniæ, (c) dando excepciones donde la lei negaba accion, v. gr., excepcion de pacto, (d) restituyendo *in integrum* á los menores, ausentes, engañados; (e) introduciendo ficciones. (3) Estos edictos obtuvieron poco á poco autoridad con el uso del foro; á cuyo propósito se debera consultar un pasage de Ciceron del *lib. II. de Invent. c. 22.* (4) Al principio publicaron cada año nuevos edictos, y aun estos fueron mudados varias vezes en el mismo año; despues en el año 586 de la fundacion de R. se mandó que los pretores administrasen justicia segun sus edictos anuales. *Dio. L. 36. c. 12. Dowell. Prælect. Camid. in append.* Finalmente, bajo Adriano se compusieron los edictos perpetuos. El pretorio por el jurisconsulto Salvio Juliano: el provincial y edilicio no se sabe por quien. Por lo demas estos son aquellos edictos que con tanta frecuencia se citan en las Pandectas.

§. LXVII y LXVIII. La sexta y sétima especie de derecho escrito son las *Respuestas de los jurisconsultos*, las cuales se definen diciendo que son las opiniones de aquellos á quienes era permitido responder acerca del derecho. Porqué es de saber que antiguamente los jurisconsultos podían indistintamente responder acerca del derecho; despues los emperadores no daban sinó á ciertas personas esta facultad á manera de privilegio, y tal que los juezes no podían separarse de sus respuestas, §. 8. et *L. 2. §. 47. de O. J.* Estos jurisconsultos, pues, (1) interpretaban el derecho, y por el razonamiento deducían de las leyes muchas consecuencias que no estaban espresas en sus palabras. Tenemos un ejemplo en el §. *únic. Inst. de legit. patr. tut.* (2) Tambien en los casos dudosos disputaban muchas vezes entre sí, ya en el foro, ó bien segun Juvenal, *sat. 1. v. 128.*, en el templo de Apolo. Véase la *L. 19. ff. de lib. et post.* (3) Tambien las

consultas abrían muchas veces el camino para que los jueces dieran la sentencia, como hemos dicho poco antes, §. 8. *Inst. h. t.* (4) Y tambien prescribían á los litigantes las fórmulas de las acciones y los actos legítimos, de que se hablará en los §§. 69 y 70. Todas estas interpretaciones de los jurisconsultos fueron recibidas poco á poco en el foro, consiguieron fuerza de lei, y aun empezaron á contarse y tenerse por derecho escrito despues que Justiniano las publicó insertas en las Pandectas. Véase el §. 45.

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

En dos sentidos se toman las *acciones de la lei*, (1) ó por las acciones y sus fórmulas, v. gr., la accion *reivindicatoria*, la *peticion de herencia* etc., (2) ó por los actos de voluntaria jurisdiccion que deben celebrarse solemnemente á presencia del magistrado. La jurisdiccion es voluntaria ó contenciosa. Voluntaria es la que se ejerce sin contradiccion de adversario, v. gr., la manumision, la adopcion, donde no hai actor ni reo : contenciosa es la que exige conocimiento de causa, autor y reo, como si uno demanda por un contrato ó un delito. Aquellos actos de voluntaria jurisdiccion podían formalizarse á presencia de cualquier juez, con tal que tuviesen la accion de la lei : mas para estos era necesario que el juez fuera competente ; y porqué solos los actos de voluntaria jurisdiccion se debían ejercer solemnemente, por eso se llamaban *acciones de la lei*.

§. LXX. *Actos legítimos* son los negocios que se debían celebrar solemnemente, pero no á presencia del magistrado, v. gr., la posesion de la herencia, la

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

§. LXXI. Sigue el derecho no escrito, ó *costumbre*. Para entender su definicion, se debe observar que en la república el derecho no tiene mas que una causa, á saber: la voluntad del sumo imperante, bien sea este el príncipe, el consejo de los magnates, ó el pueblo. Si el imperante establece espresamente alguna cosa por lei, lo establecido se llama derecho escrito. Si por el contrario concede tácitamente que se observe alguna cosa en la república por costumbre, esto se llama *Derecho no escrito*. De donde se sigue que la definicion que trae la *L. 31. ff. de legib.* es exacta en el estado *democrático ó popular*, pero no en el *monárquico*, donde la costumbre logra autoridad de sola la voluntad tácita del legislador.

§. LXXII. Con esto podemos entender fácilmente los cuatro principios que se hallan en este §. de la costumbre. En efecto, (1) la costumbre se debe probar: la lei no es preciso, porqué esta es ya conocida de todos por la promulgacion, y aquella se introdujo tácitamente; lo cual siendo una cosa de hecho se debe probar (a) por el transcurso del tiempo, (b) por la frecuencia de actos uniformes. (2) La misma es la fuerza de la lei que la de la costumbre, pues viene del mismo legislador, y es igual el que se quiera una cosa tácita ó espresamente. (3) La costumbre deroga la lei anterior, porqué es como una lei, y la lei poste-

rior anula la anterior, *L. ult. ff. de const. princ.* (4) La costumbre que repugna á la recta razon es de ningun valor, porqué el príncipe ni tácita ni espresamente lo quiere. V. gr., en Alemania hai entre los artesanos la costumbre de no bautizar á los aprendizes hasta despues de concluidos los años de aprendizaje, cosa que es contra la voluntad de los príncipes. Se pregunta si tiene alguna autoridad esta costumbre? Ninguna, (a) porqué es contraria á la recta razon y á las buenas costumbres, (b) porqué el príncipe que puede abolir la lei mucho mas podrá abolir una costumbre absurda, impía y contraria á la razon.

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

to y la voluntad, no de las naturales, que no sufren lei ninguna.

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

TÍTULO III.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS.

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

§. LXXVI. Se pregunta, pues, qué es *estado*? Resp. Es una cualidad en razon de la cual los hombres gozan de diversos derechos, porqué, v. gr., de distinto derecho goza el hombre libre que el esclavo, el ciudadano que el extranjero, y por eso

la libertad y naturaleza se llaman estados. Otras veces el *estado* se llama tambien en nuestro derecho *cabeza*, y de aquí es que se dice que el esclavo *no tiene ninguna cabeza*, §. 4. *Inst. de cap. demin.* y de aquel que pierde el estado de naturaleza ó de libertad ó de familia, se dice *que ha sido capite-minuido*, *pr. Inst. de cap. demin.*

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

§. LXXVII. Tenemos un ejemplo en el esclavo. Este es hombre, pero no persona. Es hombre, porque tiene alma racional en un cuerpo humano. Es persona en cuanto al estado natural, porque ó es varon ó hembra : pero no es persona en cuanto al estado civil, porque ni es libre, ni ciudadano, ni padre, ni hijo de familia. Por eso en nuestro derecho se dice *que no tiene cabeza*, §. 4. *Inst. de cap. dem.* y es *tenido por nulo y muerto* en la *L. 32 y 200 ff. de reg. jur.* porque no es persona. Y de aquí es que el esclavo podía ser muerto por el señor; no se le hacía injuria; podía ser vendido, donado, legado; ni se casaba, ni contraía, ni

otorgaba testamento, ni tenía nada propio, porque no era persona.

§. LXXVIII. Volvamos ya á la primera division de las personas. Estas (tomadas no natural sinó civilmente) ó son hombres libres ó esclavos. *Libres* son aquellos que no están en justa esclavitud. Porque si uno está esclavo injustamente, v. gr., apresado por un pirata, este aunque está en esclavitud no es esclavo, sinó hombre libre. *Esclavos* son aquellos que están en la esclavitud de otro por justa causa. Estas causas las referiremos en el §. 81. Los hombres libres son *ingénuos* ó *libertinos*. *Ingénuos* son los que nunca estuvieron en justa esclavitud, sinó que fueron libres desde el momento que nacieron, *pr. Inst. de ingen.* *Libertinos* los que fueron manumitidos de justa esclavitud, *pr. Inst. de libertin.* Unos y otros son hombres libres; pero mejor y mas escelente es la nobleza de los ingénuos que la de los libertinos.

§. LXXIX. Llamándose libres los hombres por la libertad de que gozan, y esclavos por la esclavitud en que están, debe saberse aquí qué es libertad, y qué es esclavitud. Llámase *libertad* la facultad natural de hacer lo que se quiera, á no ser que lo impida la fuerza ó el derecho, §. 1. *Inst. h. t.* Esplicaremos esta definicion. (1) Llámase la libertad *facultad natural*, porque todos los hombres son libres por naturaleza, *L. 4. ff. de J. et J. L. 32. ff. de Reg. J.* Luego la diferencia entre libres y esclavos la introdujeron las leyes civiles, no la naturaleza. (2) *De hacer lo que se quiera.* En efecto, la libertad consiste en que no estemos obligados á emprender ú omitir nuestras acciones al arbitrio de alguno, sinó que podamos obrar ó no obrar de este ó del otro modo á nuestro albedrío. (3) *A no ser que lo impida la fuerza ó el derecho.* Si se objeta que el hombre libre no puede gozar de esta facultad de hacer

siempre lo que quiera, se responde : que entónces no se le prohíbe por el estado de esclavitud, sinó por la fuerza, como si uno fuere aprisionado por los ladrones; ó por el derecho, como cuando las leyes no permiten que se haga alguna cosa. Al contrario : *esclavitud* es una disposicion del derecho de gentes, por la cual el hombre se sujeta al dominio ageno contra la naturaleza, §. 2. *Inst. h. t.* Para esplicar tambien esta definicion diremos que se llama la esclavitud (1) *una disposicion del derecho de gentes*, porqué la naturaleza, como hemos dicho, hizo libres á todos los hombres, y las naciones fueron las que introdujeron la esclavitud. *L. 4. ff. de J. et J.* (2) *Por la cual el hombre se sujeta al dominio ageno* : porqué la esclavitud consiste en que el hombre esté bajo el dominio como una cosa, y de aquí es que puede ser vendido, legado, donado, muerto. (3) *Contra la naturaleza*; porqué como hemos dicho, la naturaleza á todos los hombres crió libres; lo cual debe observarse contra Aristóteles, que establece que algunos hombres son esclavos por naturaleza, á saber los estúpidos, perezosos, y otros que no pueden gobernarse á sí mismos. Pero esto es falso, porqué todos los hombres son libres por naturaleza. Ni se sigue que aquel que es mas estúpido que yo, esté obligado á ser esclavo mio.

§. LXXX. Hasta aquí hemos definido la esclavitud y la libertad. Pregúntase, por qué se dice que la esclavitud es contra la naturaleza? Resp. No se debe entender esto del derecho de la naturaleza, como si dijéramos que la esclavitud repugne al derecho natural y á la recta razon. Pues eso es falso, y se infiere (1) de que no repugna á la sociedad humana, y de que esta puede existir con la esclavitud de ciertas personas; (2) de que si repugnase á la razon y al derecho de la naturaleza, no la pudiera aprobar la Sagrada Escritura.

ra, como repugnante á la razon, y la Sagrada Escritura aprueba la esclavitud, 1. *Cor. VII. 20. seq.* Si se dice que la esclavitud es contra la naturaleza, es porqué de las personas se hacen cosas, pues como hemos dicho, el esclavo de la clase de las personas pasa á la clase de las cosas, y no se hace de mucho mejor condicion que un buei ó un jumento. *L. 2. L. 27. §. 3. ff. ad L. Aquil. y L. 38. §. 1. 2. ff. de edict. v. Em. Merrill. L. 11. obs. c. 35.*

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

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

§. LXXXII. Así nacen los esclavos. A veces se hacen tales aun cuando hayan nacido libres; lo que sucede ó por el derecho de gentes ó por el civil. *Por el derecho de gentes*, por medio de la cautividad, pues todos los cogidos por el enemigo se hacían esclavos, de cualquiera condicion que fuesen. Tenemos el ejemplo del cónsul romano Atilo Régulo, que hecho prisionero por los cartagineses en la primera guerra púnica, cayó en una tristísima esclavitud, y por último pereció despues de haber sido cruelmente atormentado. *Flor. Hist. Rom. l. II. c. II. §. 23.* Los antiguos discurrían de este modo. Nosotros podemos matar á los enemigos; luego podemos reducirlos á la esclavitud, y aun será un beneficio el que hagamos esclavos á aquellos que podemos matar; por lo cual los llamaban *servos*, como si dijéramos *servatos* (conservados) *mancipia* por *manuapta* (hechos prisioneros). §. 3. *Inst. h. t.* Hoi dia no se hacen esclavos los prisioneros de guerra, sinó que se custodian hasta que se redimen ó permuten. Los romanos á ningun cautivo redimían aunque estuviese sujeto á una deplorable esclavitud, y lo hacían con el fin de obligar á los soldados romanos á *vencer ó morir*. *Cic. de off. III. cap. últ.*

§. LXXXIII. Tambien por el *derecho civil* se hacían siervos en castigo, y especialmente en dos casos. (1)

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

§. LXXXIV y LXXXV. Esto en cuanto á los modos con que se hacían esclavos. Pregúntase ahora : si entre ellos había alguna diferencia? Resp. Se debe distinguir entre el estado y el oficio. *Por razon del estado* no había ninguna diferencia entre los esclavos, pues todas eran cosas, no personas ; todos estaban destituidos de los derechos comunes de libertad, ciudad, testamentifaccion etc. ; todos podían ser vendidos, enagenados y aun muertos por derecho antiguo. Mas *por razon del oficio* había mucha diferencia entre los esclavos. Unos eran escribientes, lectores, procuradores, institores ; otros sirvientes, que estaban en medio de los aposentos prontos para cuando los llamasen ; otros cargados de cadenas vivían en la esclavitud. De un poco mejor condicion eran los que llamaban *statu liberi*, que eran aquellos que habían conseguido

la esclavitud bajo condicion ó para cierto dia. Y así, miéntras llegaba la condicion ó el dia, permanecían en el estado servil; pero, sin embargo, eran tratados algo mas benignamente porqué esperaban la libertad.

§. LXXXVI....

§. LXXXVII....

TÍTULO IV.

DE LOS INGENUOS.

§. LXXXVIII. En este título se tratan principalmente dos puntos. (1) Qué sea ingenuidad? §. 88 y 89. (2) Quiénes sean ingenuos? §. 90, 91 y 92. Por lo que toca al primero hablaremos (a) de la etimología §. 88. y de (b) la definicion §. 89. Por lo que hace á la *etimología*, decimos que se llaman *ingenuos* de *gignendo* (engendrar), porqué les es *ingenua* la libertad, ó lo que es lo mismo, porqué fueron libres desde el momento que fueron engendrados ó nacidos. Y se diferencian de los libertinos, en que aunque estos son libres, no lo son desde su nacimiento, sinó desde el tiempo de la manumision.

§. LXXXIX. De lo dicho se colige la definicion. *Ingenuo* es aquel que es libre inmediatamente desde que ha nacido. Y se requieren tres cosas para que uno sea ingenuo: (1) que sea libre, pues el esclavo no es ingenuo: (2) que sea libre desde el nacimiento; de aquí es que si uno nacido de una esclava fuese manumitido en el mismo momento del parto, sin embargo no sería ingenuo, sinó libertino: (3) que jamas haya estado en legítima esclavitud. Porqué si un solo momento hubiera estado en ella, no sería ingenuo, sinó libertino, aunque hubiese recuperado la libertad.

§. XC. Síguese ya la otra parte del título: quiénes

son ingénuos? pero ántes daremos un axioma ó regla universal, por la cual pueda juzgarse de la ingenuidad, §. 90; despues deduciremos de esta regla varias conclusiones, §. 91 y 92. El axioma es este : *Ingénuo es el nacido de madre que por lo ménos fué libre un momento en el tiempo de la concepcion, del parto, ó durante la preñez.* Pues por ser miserable la condicion del esclavo, los derechos siempre favorecen mas á la libertad que á la esclavitud; y por eso si desde el tiempo de la concepcion hasta el de salir á luz la criatura había sido libre por un momento la madre, juzgaban que el infante no era esclavo, sinó ingénuo.

§. XCI. Veremos ahora las consecuencias que nacen de este axioma : de él se infiere (1) que es ingénuo aquel que ha nacido de padres libres, porqué nunca estuvo en esclavitud. Así es, por ejemplo, que el poeta Horacio escribe de sí mismo que era hijo de un libertino, y sin embargo, fué ingénuo porqué sus padres, no él, eran los que habían estado en esclavitud. (2) Que la manumision no daña á la ingenuidad. Por lo tanto, si un hombre libre obligado ilegítimamente á la esclavitud, recuperaba despues la libertad, no era libertino, sinó ingénuo, porqué aunque había estado en esclavitud, no era esclavo. (3) Que los hijos vendidos por el padre, y los deudores entregados á sus acreedores para satisfacer sus deudas, eran ingénuos despues de la manumision. Porqué es de saber, que los deudores que no tenían con que pagar, eran entregados á sus acreedores para que les sirviesen. Mas por cuanto sin embargo no eran esclavos, sinó que contribuían solamente con su trabajo, de un modo parecido á nuestros criados asalariados, así que alcanzaban la libertad, no se hacían libertinos, sinó ingénuos. (4) Que es ingénuo el nacido de muger libre y de esclavo; porqué no habiendo legítimo ma-

trimonio entre una libre y un esclavo, era claro que el parto debía seguir al vientre, como ya dijimos arriba en el §. 81. (5) Que tambien es ingenuo el espurio nacido de madre ingenua, aunque de incierto padre, por la misma razon de que fuera del matrimonio el parto sigue al vientre.

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

TÍTULO V.

DE LOS LIBERTINOS.

§. XCIII. Hemos dicho arriba que los hombres libres que se oponían á los esclavos, eran ingenuos ó

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

(I) En primer lugar se pregunta qué son libertinos? Resp. Aquellos que son manumitidos de una legítima esclavitud. *Princ. Inst. h. t.* Decimos de legítima esclavitud, porqué ya dijimos un poco ántes (§. 91.), que aquel que fué manumitido de una esclavitud ilegítima, no es libertino, sinó ingenuo. De aquí es que, v. gr., Tiron manumitido por Ciceron era libertino, porqué estaba en la legítima esclavitud de Ciceron; pero José manumitido por Faraon era ingenuo, porqué no estaba en una legítima esclavitud, vendido injustamente por sus hermanos.

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

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

(a) La palabra *manumissio* se deriva de la frase latina *de manu datio*; pues en el derecho *manus* significa potestad. De aquí es que de Rómulo se dice *om-*

nia manu gubernasse, esto es, que gobernó con autoridad y á su antojo, L. 2. §. ff. de O. J. Por eso se dice que los hijos están *in manu parentum*, esto es, en la potestad; y si salen de esta, se llaman *emancipados*, como si dijéramos *é manu dimissi*. Que el esclavo puede ser manumitido se prueba fácilmente. El esclavo es cosa (§. 77); luego está en el dominio. Lo que está en el dominio puedo desampararlo renunciando á lo que es mio; luego puedo renunciar al dominio que tengo en el esclavo. Si puedo renunciar al dominio, tambien puedo manumitirle, y por consecuencia puedo manumitir al esclavo.

§. XCV. Examinemos ya de cuántos modos se hace la manumision. Los dividiremos *en solemnes y menos solemnes*. (b) Los solemnes eran antiguamente tres: (1) *por censo*, si los esclavos con consentimiento de su señor eran inscriptos en las tablas censuales; (2) *por testamento*, si el señor moribundo legaba al esclavo la libertad; (3) *por la vindicta*, si el esclavo era manumitido á presencia del pretor ó de otro magistrado. Estos modos se usaban en tiempo de la república libre. El censo se hacía todavía alguna vez bajo los emperadores en Roma y en las provincias; cual fué aquel censo hecho en el reinado de Augusto en ocasion del nacimiento de Cristo, *Luc. VII*. Mas dejó de hacerse posteriormente desde el tiempo de Vespasiano. Y así es que Constantino el Grande, en lugar de esta manumision instituyó otra que se hacía en las sacrosantas iglesias. L. 1. C. de his, qui in SS. Eccl. Así que, por derecho nuevo son tres los modos solemnes; (a) manumision en las sacrosantas iglesias; (b) por testamento; (c) por vindicta.

§. XCVI. Los modos solemnes requerían ciertas solemnidades. Pero si los esclavos eran manumitidos sin ritos ni ceremonias, y los señores declaraban sin so-

lemnidad su voluntad, la manumision era llamada (c) *ménos solemne*. Podían ser manumitidos de este modo (1) por cartas; (2) entre amigos; (3) por convite; (4) llamando á uno hijo. En una palabra, cualquier conjetura era bastante. Hai un ejemplo notable en Suetonio, *de claris reth.*, c. 1. Como unos marineros condujesen en su barco esclavos de venta, colgaron al cuello de un muchacho un anillo de plata, en forma de corazon, de que usaban los hijos de los romanos nobles, para que los publicanos le tuviesen por ingenuo, y el muchacho fué declarado libre porqué habia llevado con beneplácito de sus señores el signo de la ingenuidad.

§. XCVII. (d) Vamos á tratar ya separadamente de cada uno de estos modos. *El censo* era el primero solemne. Por censo entendemos el rito de los romanos, por el cual eran inscritos cada cinco años por los censores todos los ciudadanos, sus hijos, haberes y facultades, y finalmente, la edad de todos, el sexo, la dignidad etc. Servio Tulio, rei de los romanos, fué autor de este censo, que inventó para que los imperantes supieran cuantos soldados podían alistar, cuanto dinero habia en la ciudad, y qué impuestos podían echarse sin disminuir los capitales. *Livio lib. 1. y Flor. lib. 1. c. 6.*, tratan prolijamente de este censo. Mas por quanto solo los hombres libres y los ciudadanos debían de ser inscriptos en las tablas censuales, de aquí es que los esclavos eran libres inmediatamente, si queriendo y mandándolo su señores, se daban los nombres de ellos á los censores, y estos los inscribían en las tablas censorias.

§. XCVIII. En lugar de la manumision del censo sucedió la manumision en las sacrosantas iglesias, introducida por Constantino el Grande. *L. 1. C. de his, qui in SS. Eccl.* Poes como antiguamente los gentiles

manumitiesen alguna vez en el templo de los dioses (Jac. Gothofr. *ad L. un. C. Theodos. de SS. Eccl.*), Constantino, emperador cristiano, juzgó que debía imitarlos en esto, y de allí nació la manumision en las sacrosantas iglesias. Se hacía de esta manera : (1) el señor conducía al siervo á la iglesia, y á presencia del clero mandaba que fuese libre. (2) Este acto se reducía á instrumento público, y le firmaba el señor. (3) Se abrían las puertas de la iglesia, y se permitía al esclavo que pudiera ir por donde le acomodase. Y como las puertas abiertas se llamasen en la edad media *passæ portæ*, de aquí trae origen la palabra *pasaporte*.

§. XCIX. Síguese la manumision *por testamento*, que se funda en nuestro principio. Siendo el esclavo una cosa, el señor podía disponer *mortis causa* del esclavo como cosa suya, y por lo mismo, ó legarle á cualquiera ó manumitirle. En testamento se manumitía directa ú oblicuamente. *Directamente*, siempre que lo hacía con palabras imperativas, v. gr., *Estico sea libre*. *Oblicuamente*, cuando lo hacía con palabras precativas, v. gr., *ruego á mi heredero que manumita á Estico*. Por último, se manumitía directa ó *expresamente* cuando se hacía mencion de la libertad dada con palabras expresas, v. gr. *Estico sea libre*; ó *tácitamente*, cuando se conocía por algunas señales la voluntad del testador, aunque no hiciese en el testamento mencion de la libertad, v. gr. *mi esclavo Estico sea tutor de mis hijos*. El señor en este caso no dijo ni una palabra de dar la libertad al esclavo, y con todo, atendiendo a que el que quiere que Estico sea tutor, no puede ménos de querer que sea libre, pues que el esclavo no puede ser tutor; de aquí es que se cree manumitido tácitamente : §. 2. *Inst. qui et ex quibus causis manum.*; §. 1. *Inst. qui testament. tutorem dare possunt*. Por lo demas, había la diferencia entre el manumitido directa

y oblicuamente, que aquel no tenía patrono, y por eso se llamaba *liberto orcino*, porqué su patrono estaba en el *Orco* ó había muerto. §. 3. *Inst. de sing. reb. per fideicommiss. relict.* Por el contrario, el manumitido oblicuamente tenía al heredero por patrono, y le debía los derechos de patronato; de los cuales se hablará en el §. 112.

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

*Heu steriles veri, quibus una Quiritem
Vertigo facit.*

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

*Donabis quos libertate Quirites,
Quorum gaudentes exceptant verbera malæ.*

Persio, *ibid. v. 88;*

Vindicta postquam meus à prætoze recessi.

En cuanto á lo demas se debe observar que esta ceremonia se trasladó posteriormente á los caballeros no-

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

§. CI. Ninguna solemnidad requería la manumision que se hacía *por carta*, mas que el señor confesase tan solo en una carta que él hacía libre á su esclavo. Pero Justiniano mandó posteriormente que firmaran la carta cinco testigos, *L. un. §. 1. C. de latin. libert. toll.* La razon fué sin duda porqué los señores negaban alguna vez obstinada y pérfidamente haber escrito tal carta, ó porqué los esclavos que se escapaban, procuraban contrahacer cartas de esta clase : cuyos inconvenientes creyó remediar Justiniano mandando que cinco testigos estuviesen presentes á la manumision, y firmasen la carta.

§. CII. El siervo podía tambien ser manumitido *entre amigos* sin necesidad de carta, *L. un. §. 2. C. eod.* Esto lo introdujo Justiniano á ejemplo de las últimas voluntades. Pues así como es igual que el testador mande escribir el testamento, ó que espresese su voluntad á presencia de siete testigos, de la misma manera es idéntico que uno manumita al esclavo por carta firmada por cinco testigos, ó que lo haga sin carta á presencia de los testigos.

§. CIII. La manumision se hacía *por medio de un convite*, si el señor convidaba á comer á su esclavo, y le mandaba que se pusiese con él á la mesa. La razon es porqué de ciertas señales se colegía que se hacía tácitamente la manumision (véase el §. 99.); y parecía una señal ciertísima de que el señor quería que fuese libre un esclavo el admitirle á su mesa. Porqué es de notar que se tenía por indecoroso y co-

sa vergonzosa que el esclavo cenase con el señor, y así es que los esclavos no se recostaban con el señor en los lechos de mesa, sinó en unos bancos, para estar prontos á servir á sus señores. Por eso en Plauto, *Stich. act. V. scen. IV. 21.*, dice un esclavo :

Potius in subsellio

Cynice accipiemur, quam in lectis.

Y Parásito, *ibid. act. III. scen. II. v. 32 :*

Haud postulo equidem me in lecto accumbere :

Scis tu me esse imi subsellii virum.

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

§. CIV. Por la misma razon se juzgaba que era libre aquel á quien el señor llama *hijo* en juicio, §. 12. *Inst. de adop.* Antiguamente los romanos llamaban muchas vezes hijos á otros por cariño, como hacen los germanos, no porqué los adoptasen por eso al momento, sinó para manifestar su amor con este nombre. Si, pues, un señor llamaba así á su esclavo, á la verdad no se hacía este hijo suyo en aquel mismo instante, porqué para la adopción se requerían muchas mas solemnidades que la sola denominacion de hijo; pero sin embargo, los romanos colegían de allí que el señor quería muchísimo á este esclavo, y por eso le consideraban manumitido.

§. CV. Hasta aquí de los modos de manumitir. Pregúntase ya (III) sobre el efecto de la manumision, y cuál era la condicion de los libertinos despues de

ella? Primeramente hablaremos del derecho antiguo, §. 105, despues del derecho nuevo, §. 106 hasta el 109, y por último del derecho novísimo, §. 110.

(1) Por el derecho antiguo todos los esclavos manumitidos ó libertinos se hacían *ciudadanos romanos*, y por esta razon se hacían partícipes de todos los derechos que gozaban los ciudadanos romanos, de manera que hasta podían asistir á los comicios. Por lo cual dice Ciceron, *pro Cornelio Balbo*, c. 24. *Servos denique, quorum vis et fortunæ conditio infima est, bene de rep. meritos, persæpe libertate, i. e. civitate publica donatos esse videbamus*. Los esclavos debían este beneficio al rei Servio Tulio, que habiendo sido de condicion libertina, había subido a la dignidad regia, y acordándose de su primitiva fortuna, mandó que los esclavos manumitidos fueran ciudadanos. *Dion. Halic. l. 4. p. 126*. Así se observó desde los tiempos antiguos hasta Augusto, bajo cuyo imperio y el de su sucesor Tiberio, fué cuando empezó á ser mas dura la condicion de ciertos libertinos.

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

Dionisio Halicarnaso, *l. 4. p. 28.*, esplica mui bien la causa que movió á Augusto á hacer peor la condicion de ciertos libertinos. Antiguamente no se ma-

numitían mas que los esclavos buenos y morigerados; despues los señores empezaron á manumitir á los rateros, ladrones, envenenadores, en premio de las maldades cometidas en compañía de sus señores; de donde resultaba que Roma se corrompía con el contacto de estos hombres abominables. Para que esto no sucediese en adelante, estableció Augusto por la lei Elia Sencia que los libertinos á quienes durante la esclavitud se les hubiese impuesto la pena de ser azotados, atormentados ó marcados, no se hiciesen ciudadanos, sinó dediticios.

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

§. CVIII. CIX. Así que, desde estos tiempos eran de tres maneras los libertinos, unos se hacían ciudadanos, otros latinos, otros dediticios, §. 3. *Inst. h. t.* (a) *Ciudadanos* se hacían cuando eran manumitidos por censo, en las sacrosantas iglesias, por testamento, ó por vindicta. (b) *Latinos*, siempre que se manumitían ménos solemnemente, por carta, entre amigos, en un convite, ó por la denominacion de

hijo, con tal que no se les hubiese impuesto pena infamante por algun delito. (c) *Dediticios*, cuando ántes de la manumision habían sido azotados, atormentados ó marcados.

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

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

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

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

(a) El fundamento de todos los derechos de patronato es la *agnacion fingida*. Los romanos fingían que los libertos eran agnados, y como hijos de sus patronos, porqué les debían una como vida, puesto que durante la esclavitud eran cosas, y por la manumision se hacían personas; de modo que debían á los patronos el beneficio de ser personas. Así que, los patronos estaban en lugar de padres, y eran como los próximos agnados de los libertos. De aquí es que los libertos tomaban los nombres propios y los apellidos de sus patronos, como hijos, v. gr. el siervo manumitido por Ciceron, ántes de la manumision se llamaba Tiron, y despues de la manumision Marco Tulio Tiron. Otros ejemplos se ven en *L. 94. ff. de Legat. 3. L. 88. §. 6. de Legat. 2. L. 108. ff. de cond. et demonst.*; donde se manifiesta que los patronos dejaban muchas vezes legados á los libertos con la condicion y lei que no mudasen el apellido del patrono.

§. CXII. De este fundamento se derivan (b) todos los derechos de patronato. En efecto, siendo el li-

liberto á manera de hijo del patrono, (1) debía á este obsequio y reverencia; de manera, que así como el hijo no podía citar á juicio al padre, á no pedir vènia al pretor, tampoco el liberto al patrono, *L. 9. ff. de obseq. patr.* (2) Estaba obligado á prestar ciertos servicios al patrono. Estos servicios eran *oficiales* ó *fabriles*. Los *oficiales* consistían en que el liberto acompañase por reverencia al patrono; y le asistiese para servirle en los convites y otras solemnidades. Los *fabriles* consistían en el arte ú oficio que ejercía el liberto; de manera, que si v. gr. era sastre, hiciera los vestidos al patrono; si zapatero, el calzado; si cantero, sus casas etc. El liberto estaba siempre obligado á prestar los servicios *oficiales* aunque no los hubiese prometido, *L. 9. §. 1. ff. de oper. lib.*; empero los *fabriles* solo habiéndolos prometido con juramento, *L. 6. ff. eod.* (3) El patrono sucedía abintestato como próximo agnado al liberto, á no dejar este hijos, *pr. Inst. de success. libert.* (4) El liberto estaba obligado á dejar en el testamento una porcion de la herencia al patrono, *§. 3. Inst. eod.*

§. CXIII.....

TÍTULO VI.

QUIÉNES NO PUEDEN MANUMITIR, Y POR QUÉ CAUSAS SE LES PROHIBE.

§. CXIV. En varias ocasiones dejamos dicho que los esclavos eran tenidos por cosas entre los romanos. Y así pudiendo cada uno desamparar sus cosas y renunciar al dominio de ellas, se sigue que tambien puede manumitir á su antojo. Pero como segun se ha observado arriba (§. 106.), los señores manumitían muchas

veces á esclavos mui malvados, como esto redundase en perjuicio de la república, y como tambien algunas veces lo hiciesen los señores para defraudar á los acreedores, ó hiciesen libres á los esclavos por otras causas deshonestas, Augusto determinó moderar estas manumisiones, *Suet. Aug. c. 40.* Y lo hizo parte por la lei Elia Sencia, de la cual se trata en este título, y parte por la lei Fusia Caninia, materia del título VII.

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

§. CXVI. Acerca del primer capítulo se pregunta: (1) qué efecto tenía la manumision hecha en fraude de los acreedores? §. 116: (2) qué es manumitir en fraude de los acreedores? §. 117: (3) cuáles fueron las excepciones de esta regla? §. 118 y 119. (I) Pregúntase pues: qué efecto tuvo la manumision hecha en fraude de los acreedores? Sobre esto debe observarse la siguiente regla: *el que manumite en fraude de los acreedores nada hace.* Los esclavos entre los romanos, como entre otras naciones, constituían una principal parte de las riquezas, porqué siendo los esclavos cosas, no se juzgaba ménos rico aquel que tenía muchos esclavos que el que poseía rebaños, campos y heredades. Y así, el que, v. gr. debía diez mil, y tenía diez esclavos, cada uno de los cuales podía ser vendido en mil florines, tenía con que pagar. Pero los deudores maliciosos, en viéndose amenazados por los acreedores, solían manumitir á sus esclavos, y entónces no les quedaba con que satisfacer á sus

acreedores. Y porqué este fraude era impío, quiso Augusto que estas manumisiones fuesen nulas. Finalmente, debe observarse que en el derecho es muy distinto ser una cosa *nula* ó ser de la clase de las que se deben rescindir. *Nulo* se dice aquello que no tiene efecto sin la acción judicial, v. gr. la enagenación hecha por el infante; mas la palabra *rescindir* se aplica á lo que en sí tiene efecto; pero se hace írrito por el juez, por cierta y calificada causa, v. gr. la enagenación de las cosas del menor hecha con el consentimiento del curador. Esta enagenación es verdadera en sí, y tiene su efecto, pero no obstante, si aparece que el menor ha sido perjudicado, el juez podrá rescindir esta enagenación, y dar al menor perjudicado la restitución *in integrum*. Ahora bien, toda enagenación hecha en fraude de los acreedores no es nula, sinó que se rescinde por el juez, y por esto compete á los acreedores la acción singular Pauliana para revocar lo que se ha enagenado en fraude suyo, §. 6. *Inst. de action*. Pero la manumisión hecha en fraude de los acreedores no se rescinde, sinó que *ipso jure* es nula. Aquí se pregunta porqué no es mejor el que se rescinda por la acción Pauliana? Resp. Porqué (1) dada una vez la libertad, no se puede rescindir y quitar; y por eso las leyes prefieren declarar que no se ha dado. (2) Porqué por la acción Pauliana se revoca lo que ha sido enagenado por el poseedor, y en la manumisión nada se ha enagenado, ni hai poseedor que posea la esclavitud de que ha sido libertado el esclavo. Por eso no se podía socorrer á los acreedores de otra manera, que introduciendo el derecho de que el que manumite en fraude de los acreedores, nada hace.

§. CXVII. Se pregunta: (II) qué es manumitir en fraude de los acreedores? Algunas vezes se llama frau-

de á cualquier dolo con que uno engaña á otro. Pero no todo engaño es malo ; por ejemplo : cuando el médico persuade á un muchacho que aborrece las medicinas , que el medicamento que le da es mas dulce que la miel. Solamente se llama dolo malo ó fraude si uno engaña á otro dolosamente de suerte que sufra por ello daño , v. gr. si uno da á otro sabiéndolo y con dolo malo , como si fuera de plata , una moneda de cobre plateada. Por cuanto pues aquí solo se trata del fraude ó dolo malo, deben para haberlo, concurrir dos cosas. (a) Animo , intencion ó voluntad de defraudar á los acreedores , esto es, que el deudor sepa que manumitiendo á los esclavos no tiene para pagar, y sin embargo los manumita. (b) El efecto de no poder pagar á los acreedores , manumitidos los esclavos. Si cualquiera de estos dos requisitos faltaba , no era nula la manumision , v. gr. si uno hace libre á su esclavo Estico de buena fe , creyendo que es tan rico que puede satisfacer á los acreedores , nada obra en fraude de estos , porqué le falta el ánimo ó intencion de defraudar. Y si uno manumite de treinta esclavos tres, y manumitidos estos queda tan rico que puede pagar á sus acreedores tambien se juzga que nada obró en fraude de los acreedores , porqué no se siguió el efecto , esto es porqué los acreedores no sintieron el daño.

§. CXVIII y CXIX. (III) De lo que se ha dicho se deduce fácilmente , qué excepciones tendría esta regla. Resp. Dos, (1) si uno se juzgaba mas rico de lo que era , y manumitía de buena fe al esclavo , se le debía perdonar. Y aquí pertenece la regla : *muchas vezes los hombres esperan de sus facultades mas de lo que estas permiten.* §. 3. *Inst. h. t.* Lo cual puede acontecer á los comerciantes , en cuyas negociaciones marítimas un viento hace á unos po-

bres y á otros ricos. (2) Si uno manumitía en testamento á un esclavo único, y al mismo tiempo le instituía heredero, se le debía perdonar. La razon de esta excepcion es esta. Entre los romanos era ignominioso que los bienes del difunto fuesen vendidos y repartidos despues de la muerte por los acreedores. Véase *Cic. orac. pro. P. Quinct. c. 15*. Por esta razon se permitía instituir heredero al esclavo, quien aunque heredero necesario, nada se lucraba de la herencia, pues el único objeto era que los bienes fuesen vendidos, no en nombre del difunto, sinó del esclavo instituido heredero, y que así no se ofendiese la fama del difunto.

§. CXX. Sigue ahora el *último* capítulo en donde se trata de que el menor de veinte años no podía manumitir, á no observarse ciertas condiciones. (1) El motivo de esta lei fué el fraude de los esclavos: pues si el heredero era todavía mancebo, le servían de auxilio en los amores impuros y otras voluptuosidades, y despues en premio estipulaban para sí la libertad; cuyos ejemplos traen *Plauto* y *Terencio*. Y como los señores fuesen reducidos de este modo á la pobreza, no sufrió Augusto que los menores de veinte años manumitiesen sin observar ciertas condiciones. Y (2) cuáles fueron estas? Resp. (a) Que la manumision se hiciese por vindicta, porqué así debía hacerse á presencia del magistrado (véase el §. 100), y este podía conocer si se debía ó no conceder la manumision: (b) que se hiciese públicamente en el consejo; esto es, presentes los asesores del pretor ó del procónsul; lo cual á no ser en este caso, no era necesario, porqué los esclavos podían ser manumitidos al paso como cuando el pretor ó el presidente iban al baño ó al teatro. §. 2. *Inst. de Libertin.* (c) Que se espresase la causa; esto es, que el mancebo diese la razon por qué quería manu-

mitir aquel esclavo, y por qué causa merecía aquel beneficio. Una vez calificada de justa esta causa era válida la manumision, aunque despues apareciese ser falsa. La razon está en el §. 116, y es que dada una vez la libertad, no se puede quitar.

§. CXXI. Finalmente, supuesto que el señor adolescente no podía manumitir á no ser por justa causa, se pregunta cuáles eran estas justas causas? Resp. Parecía justa causa de manumision (1) el parentesco, v. gr. si uno manumitía á su padre, madre, hijo, hija, hermano, hermanas. Pues que! ¿podía acaso uno tener tambien por esclavos á sus padres, hijos ó hermanos? Mui bien podía suceder. Porque supongamos que el esclavo Estico tuviese de una esclava á Siro y á Dromon: que Siro tuviese á su vez de otra esclava á Dabo, y que despues el señor instituía heredero á Siro. Entónces Estico, padre de Siro, Dabo, hijo de Siro y Dromon, hermano suyo, eran todos esclavos de Siro. El menor pues, podía manumitirlos legítimamente por conmisericordia. (2) Un particular beneficio recibido del esclavo, v. gr. si uno manumitiese á su pedagogo, nodriza ó preceptor. (3) Un particular afecto, v. gr. si uno manumitiese á su alumno, alumna ó colactáneo, esto es, aquel que había mamado á los mismos pechos. (4) Un fin particular, v. gr. el tener al esclavo por procurador, ó el casarse con la esclava. Porque ni el esclavo podía ser procurador, ni el ingenuo podía casarse con la esclava, aunque podía hacerlo con una liberta, véase el §. 162.

§. CXXII. Justiniano derogó la segunda parte de esta lei en el §. *últ. Inst. h. t.* donde da razones bastante absurdas para esta derogacion. Así pues, por derecho nuevo pueden manumitir entre vivos los adolescentes, con tal que tengan diez y siete años, y no están obligados á dar las razones, ni á manumitir precisa-

mente por vindicta ni en el consejo. Por testamento pueden manumitir los púberes, esto es, los que han cumplido catorce años de edad. *Nov. 119, c. 2.*

TÍTULO VII.

LEI FUSIA CANINIA REVOCADA.

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

I. Se pregunta : por qué, y cuándo se dió? Resp. Porque los romanos moribundos eran excesivamente liberales en manumitir esclavos. En efecto (1) los que mueren, aunque avaros, suelen ser liberales; parte porque no necesitan ya de las riquezas, y parte porque tienen envidia muchas veces de que las adquieran los herederos. (2) Entre los romanos había una causa especial que refiere Dionisio Halicarnaso en estos términos. *Scio, qui tota servitia testamento libera esse juberent, ut benignitatis laudem post mortem ferrent, et in funeris elatione lecticam eorum magna pileatorum prosequeretur frequentia, in qua pompa quidam erant recens dimissi ex carcere, malefici mille supplicia meriti. Istos impuros urbis pileos plerique cum stomacho adspectant et respuunt eorum consuetudinem, indignum facinus clamitantes, populum rerum dominum, et usurpantem sibi orbis imperium, talibus contaminari civibus.* Como sucediese, pues, que se contaminaba la ciudad con malos ciudadanos, Augusto coartó esta facultad de

manumitir, *Suet. Aug. §. XL.* y lo hizo en el año 751 por la lei Fusia Caninia, dada por los cónsules Furio Camilo y Cayo Caninio, de quienes recibió esta lei el nombre de Fusia Caninia; pues los antiguos decían Fusio en lugar de Furio, Papisius en lugar de Papius. *L. 2. §. 36. ff. de O. J.*

§. CXXV. II. Sigue el otro punto : qué se mandó por esta lei? Resp. (1) Que no se pudiese manumitir en testamento mas que parte de los esclavos. Y se debía observar esta proporción. Desde uno hasta diez esclavos, se podía manumitir la mitad; de once á treinta la tercera parte; de treinta y uno hasta ciento la cuarta parte; de ciento y uno hasta quinientos la quinta parte; y si tenía mas, no podía manumitir sinó ciento. (2) Que si manumitía muchos, solamente eran libres los primeros, los demas permanecían en la esclavitud.; v. gr. uno tenía cinco esclavos y manumitía á Siro, Dabo, Estico, Dromon : los dos primeros eran libres, porqué solamente podía por esta lei ser manumitida la mitad; Estico y Dromon permanecían esclavos. Como los señores supieran esto, solían en el testamento escribir los nombres en un círculo para que no se pudiera saber quién era el primero, el segundo ni el último. Pero Augusto lo precavió mandando (3) que entónces ninguno consiguiese la libertad, sinó que todos permaneciesen esclavos.

§. CXXVI. III. A la última pregunta responderemos en pocas palabras, que ningun uso tiene hoí dia esta lei, por haberla quitado Justiniano como envidiosa é inhumana, §. *un. Inst. h. t.* sin embargo de ser utilísima á la república. De paso debe notarse que por decir Justiniano de esta lei que es en cierto modo envidiosa, Acursio soñó en la glosa que recibía su nombre de la palabra *canis* (perro). *Nam canis servat naturam, dice, qui stat in palea, qui nec sibi potest*

habere paleam, nec alii permittit accipere, sic nec sibi poterat tenere servos, quod moriebatur, nec libertatem patiebatur dare. Unde merito Caninia dicitur, ut sit consequens nomen rei. Graciosamente por cierto!

TÍTULO VIII.

DE LOS QUE SON DUEÑOS DE SÍ MISMOS (*sui juris*), Y DE LOS QUE ESTAN SUJETOS A POTESTAD AGENA (*alieni juris*).

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

llaman *esclavos y esclavas*). En este título se trata de de la potestad señorial, y en el siguiente de la patria.

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

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

§. CXXX. II. De este axioma se derivan todos los derechos de los señores respecto de los esclavos. Porque (1) al señor competía antiguamente el derecho de vida y muerte en los esclavos. Pues así como el señor puede matar á su caballo, de la misma manera podía matar á su esclavo. §. 1. *Inst. h. t.* La historia romana nos trae muchos ejemplos de esclavos ahorcados, crucificados, precipitados de las rocas, y arrojados á las piscinas. Véase á Séneca, *de ira*, l. 3. c. 40. *de clementia*, c. 18. *Plinio hist. n.* l. 9. c. 24. (2) Los esclavos eran objetos de comercio; de manera que podían ser vendidos, y por cualquier título transferidos á otro del mismo modo que un buei, un caballo etc. (3) Todo lo que adquirían los esclavos lo adquirían para sus señores, y era de estos igualmente que lo que adquirían los bueyes, caballos etc. Pues aunque los esclavos tenían peculio, que los miserables adquirían á costa de mil privaciones, podían no obstante los señores arrebatárselo á su antojo; por lo cual Terencio *Phorm. act. I. scen. I. 9.* dice :
Quod ille uncatim vix de demenso suo,

*Suum defraudans genium, comparsit miser,
Id illa (hera) universum abripiet, haud existumans
Quanto labore partum.*

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

§. CXXXII.....

TÍTULO IX.

DE LA PATRIA POTESTAD.

§. CXXXII. CXXXIV. Hemos hablado de la potestad señorial. Pero como los hijos son tambien personas sujetas á potestad agena, por eso se trata aquí de la patria potestad. Ante todas cosas se debe observar que la patria potestad es, ó *de derecho de gentes*, ó *de derecho romano*. (1) Aquella es commun á todos

los hombres; esta es tan propia de los romanos que Justiniano escribía : *Nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus.* §. 2. *Inst. h. t.* (2) La potestad del derecho de gentes es comun á padre y madre : la potestad del derecho romano compete solamente al padre, no á la madre, en cuya potestad no están los hijos. (3) La potestad del derecho de gentes permite á los padres solamente aquellas cosas que son necesarias para educar los hijos : v. gr. que puedan dirigir las acciones de ellos, castigarlos etc. Mas el derecho romano daba á los padres varones la misma potestad en los hijos que daba á los señores en los esclavos. (4) Finalmente, la patria potestad del derecho de gentes espira estableciendo los hijos economía aparte; la patria potestad romana no concluía mas que por la muerte, ó si el padre emancipaba los hijos. Se ve, pues, la gran diferencia que media entre una y otra potestad. Nosotros trataremos de la patria potestad romana, y espondremos (1) su fundamento §. 135 hasta el 137; (2) los efectos 138 y 139; (3) las variaciones §. 140 al 143; (4) los modos de adquirir la patria potestad §. 144.

§. CXXXV. CXXXVI. CXXXVII. I. El *fundamento* de la patria potestad romana es el *dominio quiritarío*, esto es, aquel dominio que no competía á otros que á los quirites, esto es, ciudadanos romanos §. 2. *Inst. de jur. nat. gent. et civili.* Se debe (1) observar que los hijos no fueron personas respecto del padre, sinó cosas. Los esclavos respecto de ningun hombre eran personas : los hijos eran personas respecto de otros hombres, pero no respecto del padre. (2) Y como respecto de este fuesen cosas, no personas, estaban en el dominio del padre, y por eso podían ser vindicados lo mismo que cualesquier otras cosas,

L. 1. §. 2. ff. de rei vindic. ser hurtados é instituirse por ellos la accion de hurto, *L. 14. §. 13. y L. 38. §. 4. ff. de furt.* Finalmente, los hijos como cosas podían ser emancipados ó vendidos con rito solemne. Por cuya razon el ilustre *Corn. van Bynkershoek* enseñó el primero *in libello de jure occidendi liberos, c. 1. p. 145. patriam potestatem romanam nihil fuisse aliud quam dominium juris quiritorium vel quiritarium.* (3) De aquí nace el axioma, que toda la potestad que los señores usaban en los esclavos y en las otras cosas suyas, la misma usaban los padres en los hijos por derecho romano. Y aun era mas dura la condicion de los hijos que la de los esclavos, en que no podían estos ser vendidos mas que una vez, y manumitidos una vez se hacían libres, miéntras que los hijos podían ser vendidos tres vezes por el padre, y manumitidos dos vezes, volvían no obstante á la patria potestad. Este es el fundamento de la patria potestad romana; y este el principal axioma, del cual se derivan todos los efectos de la patria potestad.

§. CXXXVIII. II. Estos efectos son de dos géneros; unos se derivan del dominio quiritario, de los cuales se trata en el §. 137; otros, de que los hijos é hijas no son personas respecto del padre, de que se hablará en el §. 139. Los efectos de la patria potestad que se derivan del dominio quiritario, son estos; (1) que el padre tiene en los hijos derecho de vida y muerte, *L. 11. ff. de lib. et posth. Dion. Halic. l. 11. p. 96.* Pero no se debe entender esto de una absoluta licencia de matar (pues esto mas bien que tener derecho de vida y muerte, sería una injusticia), sinó del derecho y facultad con que el padre como juez doméstico puede imponer á los hijos la pena capital por delito cometido, sin estar obligado á acudir al magistrado. De este modo castigaron los padres á C.

Casio, *Val. Max. l. 5. c. 8.* á Escauro, *V. Max. ib. §. 2.* á Fulvio, *Sall. de b. Catil. c. 39.* (2) Que se permitía al padre vender tres veces á los hijos; de manera que vendidos dos veces, y manumitidos otras tantas por el comprador, volvían sin embargo á la patria potestad, y no salían de ella á no ser por la tercera manumision. *Dion. Halicarn. l. 11. p. 97.* (3) Que el hijo podía ser dado *noxæ*, §. 7. *Inst. de nox. act.* Esta frase *noxæ dare* significaba entregar para satisfaccion del dañado al esclavo ó hijo que había cometido un delito privado, como hurto, rapiña, daño, injuria. Los padres estaban obligados, ó á pagar la multa por los hijos delincuentes, ó si no querían, podían poner al hijo bajo la esclavitud del que había recibido el daño, ó entregarle á este para que tomara satisfaccion. (4) Que todo lo que adquirían, igualmente que los esclavos lo adquirían antiguamente para el padre, como esplicaremos de propósito en el *Lib. II. Tit. 9.* Que esta potestad se estendía á los nietos y biznietos de los hijos varones; pues siendo así, que de quien es la cosa, del mismo es su accesion (por la cual los hijos de los esclavos están bajo la potestad señorial), por la misma razon los hijos de los hijos están en la misma potestad en que están los hijos constituidos.

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

§. CXXXIX. Siguen los efectos que nacen de que los hijos respecto del padre no sean personas, sinó cosas. De este principio (1) se sigue que el padre y el hijo sean tenidos en los negocios privados por una sola persona, *L. ult. C. de pupill. et al. subst.* Por eso el padre hacía todas las cosas en lugar del hijo;

y el hijo podía estipular para el padre, mas no para sí mismo. Pero esto solamente se debe entender de los negocios privados; pues en los públicos el hijo de familia era tenido por padre de familia; y así el hijo podía ser tutor, cónsul, pretor, *L. 9. ff. de his, qui sui vel etc.* (2) Que no había ninguna acción entre el padre é hijo de familia, ninguna obligación, ningun litigio, ningun contrato. Pues nadie podía contratar ó litigar consigo mismo, *L. 4. ff. de Judic. L. 6. Inst. de inutil. stipul.* (3) Que el padre podía dar á sus hijos tutor en el testamento. §. 3. *Inst. de Tutor.*; pues estando los hijos en el dominio del padre (§. 136.), y pudiendo el señor testar libremente de sus cosas, por eso el padre podía tambien testar acerca de sus hijos impúberes, que debían ser regidos despues de su muerte por los tutores nombrados. De cuyo principio inferían tambien (4) que los padres pueden substituir pupilarmente á sus hijos, esto es; disponer así en el testamento: mi hijo sea heredero, si llega á morir dentro de la pubertad, sea Mevio heredero de él, *pr. Inst. de pup. subst.* (5) Que no pueden ni casarse, ni recibir en empréstito, ni hacer ninguna otra cosa de consideracion sin el consentimiento del padre.

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

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

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

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

§. CXXII. (3) La tercer variacion pertenece á lo adquirido por los hijos; pues el padre no adquiere hoi todas las cosas que tiene el hijo, sinó que hai

gran diferencia entre los peculios; de la cual hablaremos de propósito en el libro II, título IX.

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

§. CXLIV. IV. Restan los modos de adquirir la patria potestad, en cuyo punto hai grande analogía entre los esclavos y los hijos, quienes por derecho romano se diferenciaban mui poco de los esclavos, segun dijimos en el §. 137. Así como los esclavos, ó nacen, ó son hechos esclavos, §. 81, del mismo modo los hijos, ó nacen, ó se hacen tales. *Nacen* de legítimas nupcias; porqué se debe observar esta regla: *padre es aquel á quien demuestran por tal las nupcias legítimas*; con tal que haya nacido en tiempo legítimo, á saber, á los siete meses de haberse casado, *L. 6. ff. de his, qui sui vel etc.*, ó al décimo de la muerte del padre. *L. 3. §. pen. ff. de suis et legit. hered.* Se hacen por la *adopcion* ó por la *legitimacion*. Siendo, pues, tres los modos de adquirir la patria potestad, nupcias, legitimacion y adopcion, se trata de las nupcias en el título X, de la legitimacion en el mismo título, y de la adopcion en el título XI.

TÍTULO X.

DE LAS NUPCIAS.

§. CXLV. Las nupcias son *el primer modo de adquirir la patria potestad*; por lo cual se trata de ellas en este título X. Se deberá aquí observar ante todas cosas, que se diferencian sobremanera los derechos acerca de las nupcias; pues unas son legítimas por derecho natural y de gentes, otras por derecho canónico, otras por derecho civil, y otras por derecho de los protestantes; v. gr. el derecho natural ignora absolutamente los ritos nupciales; el derecho canónico los juzga necesarios, porque según la opinión de los católicos el matrimonio es un sacramento; el derecho civil cree que las nupcias solo consisten en el consentimiento; finalmente, el derecho de los protestantes desecha la doctrina del sacramento, y permite á solo el magistrado que intervenga en los ritos nupciales. Para no tratar confusamente todas estas cosas, consideraremos por separado estos derechos, y examinaremos, (I) qué son nupcias, §. 146 y 147. (II) Con qué ritos se celebran, §. 148. (III) Qué personas pueden contraer matrimonio, §. 149 hasta el 163. (IV)Cuál es la pena de las nupcias ilegítimas, §. 164.

§. CXLVI. (I) En cuanto á *la definición de las nupcias*, de distinta manera la definen los doctores del derecho natural, del canónico, del civil y del protestante. (1) *Por derecho natural* las nupcias son *la union de varon y de hembra dirigida á procrear hijos*. De aquí es que por derecho natural no se pregunta si deben unirse dos ó mas personas si estas dos personas pueden ser cognadas ó afines, si la union debe

ser perpétua etc. Pues todas estas cosas se han inventado por las leyes civiles. Por derecho natural basta que se consiga el fin que es *la procreacion de la prole*. Así que, por derecho natural fueron legítimas las nupcias entre los hijos de Adan, esto es, entre hermanos y hermanas, porqué entónces no había otras leyes que prohibiesen semejantes matrimonios. (2) *Por el derecho canónico* las nupcias son un *sacramento propio de los legos*, por el cual el varon y la mujer se unen segun los preceptos de la iglesia. Lllaman a las nupcias sacramento; pues sabido es que los católicos establecen siete sacramentos, entre los cuales cuentan el matrimonio. Dicen que es un *sacramento propio de los legos*, porqué á los clérigos este prohibido el matrimonio. Dicen, *por el cual se unen el varon y la mujer segun los preceptos de la iglesia*; pues no permiten á los magistrados juzgar de la nupcias porqué son un sacramento, ni dar leyes sobre él, sinó que juzgan que el conocimiento de esto pertenece a la iglesia, esto es, al pontífice y á los obispos. (3) *Por derecho civil* son las nupcias *union del varon y la hembra, consorcio de toda la vida, y comunicacion del derecho divino y humano*, L. 1. ff. de R. N. Lllaman *union* al matrimonio, porqué por derecho romano el consentimiento hace las nupcias, aun cuando no intervenga el concúbito; a cuyo propósito pertenecen los notables testos de la L. 5. L. 6. ff. de Rit. Nupt. *Union del varon y la hembra*, pues á los romanos les estaba prohibida la poligamia simultánea, §. 6 y 7. *Inst. h. t.* Añaden, *consorcio de toda la vida*, pues la mujer estaba obligada a vivir en la misma casa con el marido; de donde se tomaron las frases, *domun ducere, uxorem ducere*. Y finalmente, *comunicacion del derecho divino y humano*, porqué los romanos tenían sus dioses domésticos, á

quienes llamaban Lares y Penates; y las mugeres se hacían partícipes de estos misterios domésticos. (4) Ultimamente, para los protestantes son las nupcias una sociedad de varon y hembra, indisoluble, é instituida por voluntad de Dios para la procreacion de la prole y el mútuo auxilio de la vida. Se llaman las nupcias sociedad de varon y hembra, segun las palabras del Gén. II. 24; sociedad indisoluble, segun san Mateo, XIX. 6; instituida por Dios, segun el Gén. II. 21; se añade, para la generacion de la prole, segun el Génes. I. 28; y el mútuo auxilio de la vida, segun el Génes. II. 18.

§. CXLVII. De estas definiciones nacen los diversos fundamentos que hai para decidir las causas matrimoniales. Porqué (1) el derecho natural las decide por el fin del matrimonio; todo lo que á él repugna es ilegítimo, v. gr. el matrimonio del eunuco. (2) El derecho romano las decide por la honestidad y las leyes civiles. De aquí es, v. gr. que nadie puede casar con su hija adoptiva, sin embargo que no hai ningun impedimento de consanguinidad. (3) El derecho pontificio las decide por los preceptos de la iglesia. Por eso, v. g. no permite el matrimonio á los clérigos. (4) Los protestantes lo aplican todo al derecho divino revelado en las sagradas escrituras. Estos diversos fundamentos producen tambien doctrinas diversísimas.

§. CXLVIII. Hasta aquí se ha tratado de la definicion de las nupcias. Siguen ya (II) las ceremonias con que se suele contraer el matrimonio. Y se debe saber aquí (1) que por derecho romano el solo consentimiento hace las nupcias, no el concúbito, no llevar la muger á casa del marido; lo cual no es mas que el complemento de las nupcias. De aquí es que el ausente puede casarse con la ausente, L. 5. ff. de rit.

nupt. y muerto el ausente ántes del concúbito, debe ser llorado por su muger, *L. 6. ff. de eod.* Por eso valen tambien los pactos dotales inmediatamente despues de la nupcias, aunque muera la esposa ántes de entrar en el lecho nupcial. (2) Mas por derecho canónico se requiere ademas del consentimiento la bendicion sacerdotal. Porqué si no interviene esta, el matrimonio será sí *válido*, pero no *legítimo*, *C. 7. y c. 8. X. de divortis*, que es decir, que semejante matrimonio tiene efectos civiles entre los católicos, pero no efectos eclesiásticos. La iglesia no los reconoce por cónyuges. (3) Qué sucede entre los protestantes? Resp. Estos (a) requieren el consentimiento, sin el cual no puede haber nupcias, *L. 2. ff. de rit. nupt.* (b) Requieren tambien las ceremonias de cada pueblo, v. gr. las proclamas públicas etc. (c) No observándose estas ceremonias, el matrimonio ni es legítimo, ni válido. De aquí es que son castigados como concubenarios los que contraen matrimonio clandestino sin la bendicion eclesiastica, al cual llaman los franceses *un mariage de conscience*.

§. CXLIX. Se pregunta: (III) qué personas contraen nupcias? Nótense aquí los requisitos que siguen. (1) Que el varon sea púber, esto es, que tenga catorce años, *pr. Inst. h. t.* pues de otra manera se cree que no es apto para el fin del matrimonio, esto es, la procreacion de la prole y el mútuo auxilio. Es verdad que el derecho canónico concede tambien las nupcias cuando, como dicen, la malicia suple la edad, *c. 3. X. de spons. imp.*; pero los protestantes no admiten esta doctrina respecto de los simples particulares. Tambien se conceden las nupcias á los príncipes impúberes, pero con la condicion de que se dilate su complemento hasta los años de la pubertad. (2) Que uno se case con una, una con uno: porqué todos los

derechos condenan la poligamia, excepto el derecho natural. Del derecho civil consta por el §. 6. 7. *Inst. de nupt.* del derecho divino por san Mateo XIX. 8. *coll. cum. Gen. II. 24.*

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

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

§. CLII. (a) Como incestuosas estaban prohibidas las nupcias entre los próximos agnados y afines. Se pregunta pues: (1) qué es cognacion y afinidad? §. 152. (2) De qué modo se computan los grados? § 153 al 157, (3) Qué grados están prohibidos? §. 158 al 160.

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

§. CLIII. (2) Pregúntase, cómo se computan los grados? Resp. *Grado* no es otra cosa que generacion, y esta es señalada por una línea recta. Si se numeran muchas personas que engendraron ó fueron engendradas, se llama *línea*. Y al modo que la generacion se espresa por una línea, así las personas que engendran ó son engendradas, se señalan por un circulito. Por ejemplo, un padre engendró á un hijo: el padre es señalado con un circulito, y el acto de la generacion con una línea. La línea de cognacion es *recta* ú *oblicua*. *Recta* es la que comprende solas las personas que engendran y son engendradas; *oblicua* la que comprende tambien otras personas (*Fig. 5. lám. I.*) La primera línea se llama *ascendiente*, porqué asciende desde mí hasta mis progenitores; la última se llama *descendiente*, porqué desciende hasta la posteridad. Por ejemplo; mi tio, hermano de mi abuelo, y un primo carnal de mi padre son cognados míos en la línea oblicua.

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

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

(1) *En la línea recta son tantos los grados, cuantas las generaciones.* Por consiguiente, si quiero saber cuantos grados distan en esta línea dos personas, cuento solamente las líneas, no los circulitos, por ejemplo: el padre y la hija distan un grado. (*Fig. 7. lám. I. A.*) El abuelo y sus nietos distan dos grados. (*Ib. B.*) Yo y mi tatarabuela distamos cuatro grados. (*Ib. C.*)

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

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

§. CLVI. Hasta aquí de la computacion de los grados de consanguinidad. De la afinidad se debe advertir que propiamente no hai en ella grados, porque la afinidad no nace de la generacion, sinó de las nupcias, L. 4. §. 5. *de grad. et cogn.* Pero no obstante, por analogia se han establecido tambien grados en la afinidad, y se numeran del mismo modo que en la consanguinidad, por lo cual en la figura se representan del mismo modo que en la consanguinidad. Las nupcias se indican por una línea curva que no se cuenta en la computacion, por ejemplo: en la línea recta mi *madrastra* (*Fig. 11. lám. I. A.*) es afin mia en primer grado; mi *abuelastra*, ó la muger de mi abuelo (*Ib. B.*) está conmigo en grado segundo; mi

bisabuelastra en el tercero, y así de los demas hasta el infinito.

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

§. CLVII. En la prohibicion de las nupcias es tambien de gran importancia *el respecto de parentela*, como dicen, y tanto que siempre impide el casamiento. Y qué es *el respecto de parentela*? Es un parentesco entre dos personas, de las cuales una está inmediatamente bajo el tronco comun, y la otra algo mas distante. Decimos que está *inmediatamente* próxima al tronco comun, y por eso no basta que la una esté mas inmediata, y la otra mas próxima, por ejemplo: las tias materna y paterna están en lugar de mi madre, porqué ambas á dos están inmediatamente proximas al tronco comun, aunque yo esté mas distante. (*Fig. 12. lám. I.*)

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

Tan estrecho parentesco creyeron los antiguos que había con estas personas, que las llamaron *Thii* y *Thiæ*, como si dijésemos divinos y divinas, y las consideraron tan santas y venerables para nosotros, como nuestros mismos padres. Simplicio en su comentario *ad Epict. Enchirid. c. 37*, dice á este propósito: *Antiquiores leges ita veneratæ sunt parentes, ut deos eos appellare non dubitarint. Sed quamvis in hoc divinam excellentiam veriti, patres dii appellari desierint, fratres tamen patrum et sorores Græci adhuc δεισς, q̄s. divinos divinasque appellant, ut demonstrent quam ratio-*

nem parentum adversus liberos esse existimarent. Y así, pareciendo santas y venerables estas personas, no es de estrañar que las leyes divinas y humanas prohibiesen el que se contrajese matrimonio entre ellas.

§. CLVIII. Hasta aquí hemos visto la computacion de los grados; ahora pasamos á tratar (3) de *las reglas* que se deben observar en la prohibicion.

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

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

parentela, que como hemos enseñado en el §. 157, siempre impide las nupcias. Por eso no puedo casarme con mis tias materna ó paterna, así como tampoco puede casarse la mujer con su tio paterno ó materno. Añadimos, que no están prohibidos *el cuarto ni los demas grados (Ib. C.)*, á no ser entre aquellas personas que están en lugar de padres é hijos. Así, por ejemplo, valen las nupcias entre los primos carnales, porque entre ellos no hai *respecto de parentela*, y están en cuarto grado. Mas no son válidas las nupcias entre mí y la hermana de mi abuelo, aunque estemos igualmente en cuarto grado (*Ib. D.*), porque hai *el respecto de parentela*. Esta es la regla del derecho civil. Pero el *canónico*, qué es lo que dispone? Este prohíbe las nupcias en muchos mas grados; pues que en la línea igual se estiende la prohibicion al cuarto grado (*Ib. E.*) de su computacion, *cap. últ. X. de consang.* en cuyo capítulo se da la notable razon de ser tambien cuatro los humores en el cuerpo humano. En la desigual, *el respecto de parentela* estiende mas léjos la prohibicion, y por decirlo de una vez, la estiende hasta lo infinito. Por eso á Abel, por ejemplo (*Fig. 15 lám. I.*), si viviese y hubiera perdido á su mujer, le sucedería lo mismo que á Adan, pues no podría casarse, segun el derecho canónico, porque habiendo nacido todos los hombres de su hermano Set, estaban con él en lugar de hijos.

§. CLX. (3^a) La tercera regla *de la afinidad*, es que *en cuantos grados se prohiben las nupcias por cognacion, en los mismos se prohiben por afinidad.* (aa) En la línea recta están siempre prohibidas hasta el infinito las nupcias entre ascendientes y descendientes; luego tambien lo estará el casamiento con la mujer del ascendiente ó descendiente, por ejemplo : yo no puedo casarme con mi madre, luego tampoco con mi

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

§. CLXI. Tambien hai *cognacion espiritual* introducida por el derecho canónico; *cognacion civil*, nacida del derecho civil; y *cuasi-afinidad*, que tambien es del derecho civil, de todas las cuales vamos á de-

cir algo. El parentesco espiritual se contrae por el bautismo entre el bautizante y el bautizado, entre el padrino y el bautizado, entre los padres del infante y el bautizante, y tambien entre los padres y el padrino etc. á todos estos prohíbe casarse el derecho canónico. *El parentesco civil* nace de la adopcion; porqué imitando la adopcion á la naturaleza, los hijos adoptivos eran tenidos en el mismo lugar que los naturales, y por las mismas razones que se me prohibía casarme con una mujer parienta por generacion natural, por las mismas se me prohibían las nupcias con las que eran parientas mias por adopcion, por ejemplo : el padre no podía casarse con la hija natural (*Fig. 7. lam. II.*), luego tampoco con la adoptiva; el abuelo no podía casarse con la nieta natural, luego ni con la adoptiva; el hermano no podía casarse con la hermana natural, luego tampoco con la adoptiva. Pero como esta prohibicion viene solamente de la lei civil, y no se funda mas que en una ficcion, puede dispensarse fácilmente. Por esta razon el emperador Antonino el Filósofo dió en casamiento su hija Lucilia á su hermano adoptivo Lucio Vero. (*Fig. 8 lámina II.*) La *cuasi-afinidad* es un parentesco que se contrae, no por las nupcias, sinó por los esponsales; v. g. mi hermano contrajo esponsales con Ticia, y ántes de casarse muere este : pues entre Ticia y yo hai cuasi-afinidad, que no permite que me case con ella.

§. CLXII. Hasta aquí se ha tratado de las nupcias incestuosas. (b) Tambien prohiben las leyes otras como *indecorosas*, ó (1) por la desigualdad de condicion, v. gr. entre un senador y una liberta, entre un ingenuo y una comedianta, ó una ramera, cuya prohibicion es de la lei Julia y Papia Popea; pero hoi no está en uso, y aun fué derogada por Justiniano, *L. 23. y L. últ. de nup.* ó (2) por una anterior impu-

dicia, por ejemplo : entre el adúltero y la adúltera, el raptor y la rapta. (3) Por cierta veneracion, por ejemplo : el matrimonio entre el padrasto y la viuda del hijastro, (*Fig. 9. lám. II.*); sin embargo de no haber entre estas personas ninguna afinidad, á no ser del segundo género, la cual por otra parte no se atiende. *L. 15. Inst. h. t.* Y tambien están prohibidas las nupcias con la hija de la mujer repudiada que esta tuvo de otro matrimonio (*Fig. 10. lám. II.*) §. 9. *Inst. h. t.*; sin embargo de no haber tampoco mas afinidad que de segunda clase.

§. CLXIII. (c) Como *perjudiciales* están prohibidas las nupcias, ya (1) por causa de la religion, entre un cristiano ó una judía, *L. 6. c. de Judæis*, ó (2) por menoscabo de los bienes de la casa entre el tutor y su hijo y la pupila, porque el tutor puede usar de este pretesto para negarse á dar cuentas, *L. 59. ff. h. t.* ó (3) por recelos de tiranía entre el presidente de una provincia y una mujer natural de ella; pues era espuesto que el presidente, contrayendo afinidad con alguna familia poderosa de su provincia, se prevaliera de su auxilio para tiranizarla, como Marco Antonio en el Egipto casándose con la reina Cleopatra, *L. 57. L. 64. ff. h. t.*

§. CLXIV. (IV) Es la última cuestion : si uno se casase contra lo dispuesto por estas leyes, qué pena tendría? Resp. segun el §. 12. *Inst. h. t. la nulidad.* Así que, sería nulo el matrimonio, y no habría cónyuges, ni dote. Los hijos nacidos de semejante union no son legítimos, ni están constituidos en la patria potestad, sinó que son bastardos. Y aun algunas vezes se puede imponer á semejantes personas una pena mucho mayor, como la capital, ó la próxima á esta; como si, por ejemplo, se cometiese incesto entre ascendientes y descendientes, ó entre un hermano y

una hermana; por lo que en esto se debe atender á la costumbre de cada provincia en particular.

De la legitimacion.

§. CLXV. Otro modo de reducir los hijos á la patria potestad es la legitimacion. Pero nada absolutamente hablan de ella las Pandectas, porque fué inventada por Constantino el Grande, y por lo mismo despues de la época en que vivieron los jurisconsultos, de cuyos escritos fueron sacadas las Pandectas. Algunos sobre este punto objetan la *L. últ. ff. de adop.* y la *L. 57. ff. de ritu nupt.*; de las cuales dicen constar que ántes de Constantino el Grande estaba ya en uso la legitimacion. Pero resp. que la *L. últ. ff. de adop.* no trata, segun se infiere de la rúbrica, de la legitimacion, sinó de la adopcion, y que la *L. 57.* solo comprende un privilegio especial que no puede servir de ejemplo.

§. CLXVI. Esplicaremos por partes la definicion de la legitimacion que corresponde á este §. La legitimacion es *un acto*. Algunos dicen que es un acto legítimo (§. 70); pero se engañan mucho, porque (1) los actos legítimos fueron sacados por los jurisconsultos de las leyes de las XII tablas. *L. 2. §. 6. ff. de O. J.* y la legitimacion no es ni de los jurisconsultos, ni de las leyes de las XII tablas. (2) Los actos legítimos se hacen solemnemente, y la legitimacion no exige solemnidad alguna. Luego basta que digamos que la legitimacion es un acto. Es un acto *por el cual se finge que los hijos ilegítimos han nacido de legítimo matrimonio*. El fundamento de la legitimacion es la ficcion: la lei finge que nacieron de legítimo matrimonio los que en realidad han nacido

fuera de él. En el derecho se hallan muchísimas ficciones semejantes. Por ejemplo; en el derecho de posliminio se finge que jamas estuvo prisionero el que volvió á su casa de la cautividad, §. 5. *Inst. quibus modis jus patr. potest. solv.* Por el contrario, la lei Cornelia finge que el que muere en cautiverio, ha muerto en la ciudad, *L. 18. ff. de captiv. et postlim.* Sobre cuyas ficciones del derecho escribió un elegante tratado el célebre jurisconsulto frances Anton. Dadin. Alteserra. De esta manera es como la lei finge que ha nacido en matrimonio el que realmente no nació en él. Además se dice en la definicion, *quedando por consiguiente sujetos á la patria potestad á manera de los legítimos.* Aquí tenemos el efecto de la legitimacion. Los hijos nacidos fuera de matrimonio no están en la patria potestad, ni siquiera se les conoce padre, porqué padre es aquel á quien señalan por tal las nupcias legítimas, *L. 5. ff. de in jus voc.*; y por eso se llaman hijos naturales, pues aunque tienen padre por naturaleza, no le tienen por derecho. Mas por la legitimacion son reducidos a la patria potestad, y por esta razon en el §. 165 dijimos que la legitimacion era causa de la patria potestad.

§. CLXVII. Esta es la definicion. Por ella se puede conocer desde luego qué clase de hijos ilegítimos puede ser legitimada. Los hijos ilegítimos son de cuatro géneros : (1) Unos se llaman *hijos naturales* ó *bastardos*; y son los nacidos de una mujer honesta, pero fuera de matrimonio, es decir, de una concubina. (2) Otros se llaman *espúrios*, que nacen de una mujer que comercia con su cuerpo, una ramera. (3) Otros se llaman *adulterinos*, y son los que han nacido de adulterio. (4) Otros *incestuosos*, esto es, nacidos del ayuntamiento de aquellas personas que no pueden contraer matrimonio por parentesco de consanguini-

dad ó de afinidad. Responderemos pues , que solo pueden ser legitimados los *naturales*, no los espúrios ni adulterinos, ni incestuosos, §. *últ. Inst. h. t. L. 10. C. de nat. lib. Nov. 117. c. 2.* La razon es porqué la legitimacion se hace por ficcion : pues las leyes fingen que los hijos que han de ser legitimados han nacido de legítimo matrimonio (§. 166.) pero como toda ficcion suponga términos hábiles , y no pueda fingirse matrimonio con una ramera (§. 162), y mucho ménos entre el adúltero y la adúltera, y los agnados y afines próximos, síguese que semejantes hijos son absolutamente incapazes de legitimacion.

§. CLXVIII. Pasemos á la division de la legitimacion. Relativamente al modo , es de tres maneras ; pues ó se hace *por subsiguiente matrimonio* , ó *por oblacion á la curia*, ó *por rescripto del príncipe*. La primera fué inventada por Constantino el Grande con el fin de abolir el concubinato. Y por eso dispuso que este modo de legitimar valiera tan solo para lo pasado, y no para lo futuro. Pero Justiniano mandó despues que fuera un modo perpétuo de legitimar. *Nov. 74.* Véase Desider. *Herald. rer. et quæst. jur. quotid. lib. 1. c. 4. §. 2.* El otro modo le inventó el emperador Teodosio el Joven , *l. 3. C. de nat. lib.* y el tercero Justiniano , *Nov. 74.*

§. CLXIX. *Por subsiguiente matrimonio* son legitimados los hijos naturales nacidos de concubina, por otra parte mujer honesta, al punto que el padre muda el concubinato en legítimas nupcias, y toma por mujer á la madre de estos hijos. Requiere se pues , (1) que la madre sea mujer honesta , no ramera etc. §. *últ. Inst. h. t.* (2) Que contraiga legítimo matrimonio. En este caso se finge que los hijos nacidos ántes de este matrimonio nacieron despues de contraido, y que por lo mismo son legítimos. Pero se pregunta : (3)

sinó se requiere tambien la escritura dotal? Pues parece que espresamente la exige el emperador en el §. *últ. Inst. h. t.* A esto se responde, que hoy no es necesaria, pero que lo era en tiempo del emperador Justiniano, porqué entónces no había ningun rito solemne nupcial. La confarreacion y coencion que usaban los antiguos, habían caido en desuso. La bendicion sacerdotal *coram facie ecclesiæ* todavía no estaba recibida (*), y así no hubiera habido entónces ningun signo para distinguir el amor conyugal del concubinato mas que la escritura dotal. Así es que en Plauto, *Trin. act. III. scen. 2. v. 63.* leemos que un jóven de Lesbos no quería dar en matrimonio sin dote á su hermana Lisitela porqué había disipado todos sus bienes, dando esta razon:

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

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

Por consiguiente, sin dote apénas se podía distinguir entónces la mujer de la concubina; y así no es extraño que Justiniano exigiera la escritura dotal. Pero en el día se distingue fácilmente la mujer de la concubina por medio de la bendicion eclesiástica, y no se necesita ya de aquel signo.

(*) Se engaña; porqué Guil. Est. 4. *Sentent. dist. 26. §. 10.* Gasp. Juenin. *Comment. de Sacrament. Dissert. XI. quæst. 3.* R. Jacinto Drouven, *De Re Sacrament. lib. 10. quæst. 2.* y otros doctísimos varones hacen ver que segun la tradicion de los SS. Padres, la bendicion sacerdotal se tuvo siempre en la iglesia como esencial y absolutamente necesaria al sacramento del matrimonio. Y que ántes de Justiniano fué recibida en la iglesia la bendicion sacerdotal, consta claramente de Tertuliano, *lib. 2 ad Uxorem*, de san Ambrosio, *Epist. 70* y del cánon 3 del concilio IV de Cartago, año 398 de Cristo.

§. CLXX. El otro modo de legitimar es *per oblationem á la curia*; y para esplicarle nos valdremos de las antigüedades. Por *curia* se entiende aquí los magistrados municipales, pues en cada municipio había senadores que se llamaban decuriones, á quienes presidían los duunviros, que eran como los cónsules. Estos oficios estaban unidos con la dignidad, y además este orden gozaba de jurisdiccion en el municipio. Pero sin embargo, los hombres aborrecían muchísimo estos cargos, tanto que Bernabé Brison *Antiq. Rom.* ha observado que los cristianos fueron alguna vez agregados por los gentiles á la curia por via de castigo. La razon era por los crecidos gastos que hacían los curiales. Pues tenían que dar á su costa al pueblo espectáculos, juegos, convites, tanto que alguna vez les absorvía aquella dignidad todo su patrimonio. Véanse *nuestras Antiq. Rom. h. t.* Siendo tan espléndida la miseria de los curiales, vemos á los hombres atraídos con varios privilegios, para que se consagraran á la curia, entre los cuales fué uno este de Teodosio, que si uno ofrecía su hijo natural á la curia, quedaba legitimado al momento, *L. 3. L. 4. L. 9. C. de not. lib.* Pero no necesitándose hoi de estos privilegios, y ambicionando los hombres de nuestros tiempos la dignidad de decurion, aun en las poblaciones pequeñas, y no acostumbrando los decuriones de nuestra época dar á sus espensas ni juegos ni espectáculos, es claro que hoi dia es de ningun uso este modo de legitimar.

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

§. CLXXII. Trataremos ya de *los derechos de los legitimados*. Hemos dicho arriba (§. 166) que por la legitimacion son reducidos á la patria potestad los hijos naturales. De este principio será fácil deducir todos los efectos de la legitimacion. De él se infiere (1) que no se puede hacer la legitimacion sin el consentimiento de los hijos *L. 11. ff. de his, qui s. v. a. j. sunt*. Esto puede parecer extraño, porqué la legitimacion es un beneficio. Pero tambien es una carga, por cuanto es una capitis-diminucion; pues por ella de hombre *sui juris* se hace hijo de familia, y por lo tanto sujeto á potestad agena. Antes el legitimado adquiría para sí, porqué no tenía padre, despues adquiere para el padre. Luego es mui justo que se exija su consentimiento. (2) Los legitimados suceden al padre. Pues se hacen hijos de familia, hijos legítimos, herederos suyos, deben sin duda suceder al padre. Sin embargo, se debe distinguir si la legitimacion se ha hecho por rescripto del príncipe, ó por subsiguiente matrimonio. En este último caso suceden indistintamente al padre lo mismo que los legítimos, §. *últ. Inst. h. t.* §. 2. *Inst. de hered. ab intest.* Mas si medió rescripto del príncipe, entónces se debe ademas examinar si el padre quiere, y si el príncipe espresa ó no en el rescripto que sucedan los legitimados. Si no lo ha espresado, no suceden, á no ser solos; pero si lo ha espresado, suceden; aunque de modo que los legítimos que ántes había, tengan la principal porcion legítima.

§. CLXXIII....

TITULO XI.

DE LAS ADOPCIONES.

§. CLXXIV. Trátase aquí de la adopción, porque es el tercer modo de adquirir la patria potestad; pues habiéndose tratado de los dos primeros, á saber: de las nupcias y de la legitimación en el título X, resta que en este hablemos de la adopción. Entre los romanos era muy frecuente, pero entre nosotros se ve raras veces, aunque no es enteramente desconocida, la razón de esto la veremos abajo. Ahora empezaremos tratando de la definición.

§. CLXXV. La adopción se toma de dos modos; ó en sentido lato ó en sentido estricto. Si se toma en sentido *lato*, comprende en sí dos especies, la *arrogación* y la *adopción*; si se toma *estrictamente*, entonces se opone á la *arrogación*. Tomemos ahora *lata*mente esta palabra, y digamos: *qué es adopción tomada en este sentido general y lato?* Resp. Es una acción solemne, por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto á uno que no lo es por naturaleza. Dicese acción solemne, porque se hacía á presencia del pueblo en los comicios, ó por la moneda y la libra delante de cinco testigos, el que les pedía su testimonio, y el fiel que tenía la balanza, como luego veremos. Y también puede hoy llamarse acción solemne, porque se hace á presencia del príncipe, ó del magistrado. Dicese por la cual se toma en lugar de hijo ó nieto etc. Y debe notarse que en la palabra hijo se comprende la hija, y en la de nieto la nieta: pues lo mismo puede ser adoptado el hijo que la hija. Se añade, á uno que no lo es por naturaleza. Así, v. gr. Moisés no era hijo de la hija de Faraon por naturaleza, sino por

adopcion. De esta definicion se deriva el axioma que reina en todo el título, de que *la adopcion imita á la naturaleza*, cuyo axioma tenemos literalmente en el § 4. *Inst. h. t.* El verdadero sentido de este axioma es, que el que por naturaleza no puede ser padre ó hijo, tampoco lo puede ser por adopcion, v. gr. un muchacho de diez años no puede ser padre natural, luego tampoco adoptivo. El hijo no puede ser mayor en edad que su padre natural; luego tampoco por la adopcion puede ser hijo el mayor de edad del que lo es menor; pues que la adopcion imita á la naturaleza. De este axioma nacen muchas consecuencias dignas de notarse, que examinaremos en los §§. 176 y 177.

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

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

§. CLXXVII. Dice tambien la definicion que el fin de la adopcion es el consuelo de los que no tienen hijos ; lo que nos ofrece un nuevo axioma, del cual nacen tres consecuencias. (1) Que por lo regular no pueden adoptar los que no han llegado á los sesenta años, *L. 17. §. 2. Inst. h. t.* (2) Que tampoco se permite fácilmente que adopten aquellos que ya tienen hijos naturales, *L. 17. §. 3. ff. eod.* (3) Que se exige el consentimiento del hijo de aquel que quiere adoptar á otro por nieto. *L. 5. L. 6. ff. h. t.* La razon de esta última consecuencia es porqué el nieto, muerto el abuelo, recae en la potestad del padre ; y por lo mismo, si mi padre adopta á un nieto, entónces, muerto mi padre, este adoptivo se hace hijo mio. Si es hijo, tambien será heredero, y habré de tomarle por tal contra mi voluntad. Lo cual no permitiéndolo los principios del derecho romano, se debe decir que se exige absolutamente el consentimiento del hijo de aquel que quiere adoptar á uno por nieto. Algo mas difícil es dar la razon de las dos primeras consecuencias : Enrique Bernardo Reinold, *in Variis c. 42.* hizo ver con varios ejemplos de príncipes, que muchos que ya te-

nían hijos habían adoptado á otros; pero sin embargo, no por eso es ménos cierto lo dicho. Porqué (a) las leyes alegadas son bastante claras y evidentes. (b) Lo que se permite á los príncipes, no se permite fácilmente ó los particulares. (c) Perizon. *Animadv. hist. c. 3. p. 125.* manifestó que aun estas adopciones de los príncipes no dejaron de ser censuradas por el pueblo: y ¿hubiera este tenido mas tolerancia con las adopciones de los particulares, si las hubieran hecho contra estas leyes? (d) En Ciceron, *Orat. pro domo c. 13.* se ve que impugnó la adopcion de Publio Clodio, porqué su padre adoptivo tenía ya hijos naturales, y la llama fingida y simulada. ¿Con qué derecho, ni con qué vergüenza hubiera dicho esto Ciceron, si ordinariamente se permitiera que adoptasen los que ya eran padres? No quepa, pues, la menor duda en que lo regular fué no concederse la adopcion á los menores de sesenta años, ni á aquellos que ya habían tenido hijos. Y el que alguna vez, fuera del órden regular, se hiciesen algunas adopciones, se deben mirar como privilegios que no pueden servir de ejemplo.

§. CLXXVIII. Hasta aquí hemos tomado la adopcion en el sentido lato. Y en él es de dos maneras, ó *arrogacion*, ó *adopcion estrictamente dicha* (§. 175.). En dos cosas se diferencian estas dos especies.

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

(2) *En la forma ó en el modo.* Porqué la arrogacion se hace por beneficio del príncipe con su rescripto: la adopcion por autoridad del magistrado, á cuya presencia, si el padre declara que quiere dar á otro aquel hijo en adopcion, y el adoptante quiere tambien recibirle en lugar de hijo, se concluyó el nego-

cio. De la arrogacion tratamos en el §. 179 al 182., y de la adopcion, §. 183 al 186.

§. CLXXIX. Por lo dicho se entenderá fácilmente la definicion de la *arrogacion*. La arrogacion es *un acto por el cual un hombre sui juris, es reducido por la autoridad del sumo imperante á la patria potestad de otro*. Se pregunta aquí, por qué debiendo determinar antiguamente el pueblo acerca de la arrogacion en los comicios *calados*, y mediando la autoridad de los pontífices, se adjudicó despues el príncipe este derecho? En efecto, la arrogacion se hacía en otro tiempo en los comicios. El padre arrogante declaraba en ellos que quería tomar á fulano por hijo. Este era preguntado, si se quería hacer autor, y consentía en aquella arrogacion? Si decía que sí, preguntaban en seguida á los pontífices, si permitían que aquel hombre *sui juris* pasase á la familia y potestad de otro? y consintiendo en ello, el magistrado recitaba la fórmula solemne: *Quereis mandar, quirites, que fulano sea por lei y por derecho hijo de Lucio Ticio, del mismo modo que si hubiese nacido de él y de su muger?* (*Velitis, jubeatis, quirites, ut hic.... sit lege et jure L. Titii filius, æque ac si ex eo, ejusque matrefamilias esset natus?*) Finalmente, entónces se ponía á votar el pueblo, y si lo aprobaba la mayoría, en este caso se tenía por perfeccionada la arrogacion. Esta ceremonia la hemos explicado con alguna proligidad en nuestras *Ant. Rom. h. t.* Pues si antiguamente estaba en poder de los pontífices y del pueblo el conocimiento de la arrogacion; con qué derecho se le apropiaron posteriormente los emperadores? Resp. (1) Porque el pueblo transfirió al príncipe todo su derecho por la lei Regia, §. 6 *Inst. h. t.* (2) Porque los príncipes eran al mismo tiempo pontífices máximos, como claramente demostró Andres Bosio, *de pontific. max. imp. Rom.*

cuyo libro dió primero á luz en tomo suelto Grevio, y despues fué insertado en el *Tesoro de antigüedades romanas*. Así que reasumiendo en sí los príncipes, sin ninguna oposicion, los derechos del pueblo y de los pontífices, no estraño que interpusiesen su autoridad en las arrogaciones.

§. CLXXX. Se pregunta ya : cuál es la esencia de la arrogacion. En la definicion hemos visto, que por ella, de un hombre *sui juris* se hace un hombre sujeto á potestad ajena. De aquí se sigue que es una especie de *capitis-diminucion*, á saber, la mínima. Pero como á nadie se le pueden quitar sus derechos contra su voluntad, de aquí coligieron mui bien los antiguos, (1) que era necesario el consentimiento del hijo que iba á ser arrogado. Este debía hacerse autor, y ser primero preguntado si prestaba su consentimiento, *L. 11. ff. de his qui s. etc.* (2) Se deducía tambien que los hijos y bienes del arrogado debían pasar á la potestad y dominio del arrogador. Porque en cuya potestad está la persona principal, en la misma están tambien todas las cosas accesorias, y por eso los hijos y bienes del arrogado pasan como accesorios á la potestad del arrogador : y los antiguos llamaron á la arrogacion modo universal de adquirir, (véase *Inst. §. 1. de adquis. per arrog.*) porque el arrogador adquiría con el arrogado todos los bienes y derechos de este, á escepcion de los que se perdían por la *capitis-diminucion*. (3) Era otra consecuencia que los impúberes no podían ser arrogados. Como estos no tienen aun entendimiento para saber lo que les conviene, por eso no pueden consentir ni hacerse autores, ni por consiguiente ser arrogados. Si se objeta que el tutor puede interponer su autoridad, resp. que tutela es *la fuerza y potestad en una cabeza libre para defender al que no puede hacerlo por su edad*. Luego el tutor puede

defender al pupilo, mas no arrogarle, porqué esto sin duda escede de la facultad del tutor. Siendo así pues, que por derecho antiguo no podía el pupilo ser arrogado, el emperador Antonino Pio templó algun tanto este rigor; pero no obstante, ligó con tantas limitaciones esta arrogacion de los impúberes, que no era fácil hallar quien quisiese arrogar con tales trabas. Vamos á examinar estas condiciones.

§. CLXXXI. Antonino requiere (1) el *consentimiento de los parientes*, como que median sus intereses, por cuanto muerto el impúber serían sus herederos ciertos, pues que el impúber no puede otorgar testamento. Por eso el emperador consideró justo que no se les privase contra su voluntad del derecho que tenían adquirido, y así mandó que interviniese su consentimiento. (2) *La autoridad de los tutores*, la cual es necesaria para suplir el defecto de juicio en el pupilo, especialmente cuando amenaza peligro de lesion, como en la arrogacion. (3) *Conocimiento de causa*, pues el magistrado debe inquirir, si se quiere arrogar con buena intencion: si hai legítima causa de arrogar: si el arrogador tiene ó no tiene hijos: si tal arrogacion conviene al pupilo etc. (4) *Fianza ó seguridad*, por la que se asegure (a) *á los parientes* que se les restituirán los bienes del arrogado, muerto dentro de la pubertad: (b) *al mismo pupilo*, que si fuere emancipado ó desheredado se le restituirán, no solo los bienes que ha llevado á poder del padre arrogador, sinó tambien la cuarta parte de los suyos propios, §. 3. *Inst. h. t.* Acerca de esta cuarta parte hai una gran disputa sobre si debe entenderse de la cuarta parte de todos los bienes, ó solamente la cuarta parte de la porcion legítima. Porqué si ha de entenderse de todos los bienes, en este caso será mejor condicion la de los arrogados que la de los hijos natura-

les, quienes no pueden pretender mas que la porcion legítima de los bienes paternos. Qué se debe pues establecer acerca de esto? Que se ha de entender de la cuarta parte de todos los bienes, (a) porqué así se dice espresamente en el §. 3. *Inst. h. t. L. 2. C. de adop. L. últ. ff. si quid in fraud. cred.* (b) porqué esta cuarta parte no se pide por la querrela de inoficioso testamento, sinó mas bien por el juicio de particiones, §. 8. §. 15. *ff. de inoff. Test. L. 2. §. 1. Fam. ercisc.* Pero así, ¿no será mejor la condicion de los hijos arrogados que la de los legítimos? No por cierto. Porqué como diremos mas abajo, no puede ordinariamente arrogar el que tiene hijos naturales, y por consiguiente tampoco puede perjudicarlos, aunque el arrogado reciba la cuarta parte de todos los bienes. Así lo espone mui bien Vinnio, *Comment. ad Inst. h. t.*

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

Quiere decir, que el arrogado se hacía sí pariente del padre arrogador, y de todos los que eran de su familia, pero no de la mujer, ni de la familia de esta. Así es que la mujer del arrogador no era madre respecto del arrogado, ni tío ni tía el hermano ni hermana de ella. Por el contrario, el arrogador respecto del arrogado se hacía padre, el hermano del arrogador tío, su hermana tía etc. Finalmente, se seguía (4) que el arrogado sucedía también al padre arrogador y á todos los parientes de este como agnado, mas no á la madre, ni á los parientes de ella. §. 2. *Inst. de legit. agn. success.* Basta acerca de la arrogacion: resta que tratemos de la adopcion estrictamente dicha.

§. CLXXXIII. Hasta aquí hemos hablado de la arrogacion; ahora pasaremos á la *adopcion* propiamente dicha, que definimos así. La adopcion es *una accion de la lei, por la que adoptamos con autoridad del magistrado los hijos que están en la potestad de sus padres.* Decimos (1) *accion de la lei*, pues hemos visto arriba (en el §. 69) que se llaman así aquellas cosas que se debían esponer (a) á presencia de cierto magistrado, (b) con ciertos ritos y fórmulas, (c) sin procurador, condicion ni dia; y tal era la adopcion. En efecto, no se podía hacer privadamente, sinó á presencia del magistrado, en quien residía la accion de la lei, cuales eran los cónsules, procónsules, pretores y presidentes de las provincias. Se debía también esponer con solemnes ritos y ciertas fórmulas, pues que el padre vendía tres veces el hijo al adoptante por la moneda y la balanza, y el comprador usaba de esta fórmula: *digo que este hombre es mio, pues le he comprado con esta moneda, y esta balanza de cobre.* Véanse nuestras *Ant. Rom. h. t.* Despues veremos que tampoco se podía hacer la adopcion, ni por procurador, ni bajo condicion, ni hasta determinado dia. Por

lo que siendo requisitos todos de las acciones de la lei, mui bien se considera como una de ellas la adopcion. Añadimos: *por la que adoptamos con autoridad del magistrado los hijos que están en la potestad de sus padres*; con cuyas palabras se distingue la adopcion de la arrogacion; pues como hemos visto arriba, los hombres *sui juris*, ó padres de familia son arrogados; y por el contrario, adoptados los hijos de familia. Además, la arrogacion se hace con autoridad del príncipe, la adopcion con la del magistrado; y eso con la de cualquiera aunque no sea competente, porque es un acto de voluntaria jurisdiccion.

§. CLXXXIV. Por esta definicion será fácil responder á las preguntas siguientes: (1) quiénes son adoptados? (2) como se hace la adopcion? (3) cuál es su efecto? (1). En cuanto á la primera pregunta, atendiendo á la definicion, decimos que son adoptados *los hijos que están en la potestad de sus padres*. De aquí deducimos (1), *que basta el consentimiento del padre*; lo cual no es así en la arrogacion, pues el que va á ser arrogado debe tambien consentir y hacerse parte. (§. 180.) Empero en la adopcion es igual que consienta ó deje de consentir el hijo, con tal que quiera el padre en cuya potestad está *L. 5. ff. h. t.* La razon es porque el hijo constituido en la patria potestad podía ser tres veces vendido por su padre (§. 138), y la adopcion no era otra cosa que una triple venta imaginaria, segun hemos manifestado en el §. anterior. Por consiguiente, al modo que en la venta no se requería el consentimiento del hijo, así tampoco en la adopcion. (2) *Los infantes podían tambien ser dados en adopcion, y ser adoptados. L. 42. h. t.* Los impúberes no podían ser arrogados, á no ser con muchos requisitos, de que se ha tratado en el §. 181, pero los infantes podían ser adoptados. Por qué así?

Porqué ya hemos visto que no se requiere en la adopción el consentimiento de los infantes. El padre podía vender al hijo recién nacido, *L. 2. C. de patr. qui fil. distrax.*; luego nada impedía tampoco que el infante fuese dado en adopción. (3) *No podían ser adoptados los hijos nacidos de concubina. L. 7. C. de nat. lib.* Porqué siendo los hijos que se adoptan los constituidos en la patria potestad, según nuestra definición del §. anterior, y no estando los hijos nacidos fuera de matrimonio de una concubina bajo esta patria potestad, como que solamente nace de las nupcias legítimas (§. 144), se infiere claramente, que los hijos naturales, ó nacidos de concubina, no pueden ser adoptados.

§. CLXXXV. (II). Se pregunta: *cómo se hace la adopción?* Con arreglo á la definición respondo, (1) que debe hacerse con autoridad del magistrado en quien reside la acción de la lei que hemos explicado en el §. 183. (2) No puede hacerse, ni hasta cierto tiempo, ni por escrito, ni sin el solemne orden del Derecho, por exigirlo así la naturaleza de las acciones de la lei, las cuales no admiten día ni procurador; sinó que deben ser espresadas por cualquiera en su persona propia. Arriba hemos visto el rito antiguo: hoi día ya no se necesita de aquellos ambages y ventas. Es suficiente (a) que el padre natural y el adoptivo vayan á cualquier juez, aunque no sea competente; (b) que declaren el uno que quiere dar en adopción, y el otro adoptar al muchacho, (c) y pidan que este acto se note en los registros públicos. Con esto queda perfeccionado el negocio, por haber quitado Justiniano el antiguo rito, y sustituido este nuevo en la *L. ult. C. de adopt.*

§. CLXXXVI. (III). Resta saber, *cuál es el efecto de la adopción?* Aquí debe notarse que entre el derecho

antiguo y el nuevo hai una grande diferencia. *Por derecho antiguo* era uno mismo el efecto de la adopcion y de la arrogacion, á saber; la patria potestad. Así es que los Césares Cayo y Lucio, á quienes había adoptado Augusto, eran tan hijos suyos como Tiberio, á quien había arrogado posteriormente. Toda adopcion era un modo de adquirir la patria potestad. *L. 23. pr. L. 37. §. 1. ff. de adopt.* Pero el *derecho nuevo*, introducido por Justiniano en la *L. pen. C. h. t.* mudó la cosa enteramente. En efecto, el emperador manda distinguir, si la adopcion se ha hecho por alguno de los ascendientes, como por el abuelo materno, ó por algun extraño. Si el que adopta es alguno de los ascendientes, adquiere la patria potestad; y por eso á esta adopcion de los ascendientes la llaman los doctores *plena y perfecta*. Si por el contrario, el que adopta es un extraño, no se transfiere la patria potestad al adoptante, sinó que permanece en el padre natural, y por tanto el adoptivo se hace en este caso mas bien *alumno* que hijo; por lo cual la llaman los doctores *adopcion imperfecta ó ménos plena*. Pudiera alguno creer, que puesto que por la adopcion ménos plena ó imperfecta no se adquiere la patria potestad, no tiene efecto alguno. Pero se responde que no deja de tener efectos, porque el hijo adoptivo, aun cuando se haga hijo de familia, sucede sin embargo como hijo al padre adoptivo abintestato. *§. 2. Inst. h. t.* Digo *abintestato*, porque nada prohíbe al padre adoptante que hecho testamento, prefiera y escluya de la herencia esperada al hijo adoptivo. Pues la regla de que los hijos deben ser instituidos herederos ó desheredados, solamente pertenece á los *suyos*, ó constituidos en la patria potestad, no á los extraños, en cuyo número están los adoptados imperfectamente. Lo que hai de sin-

gular es, que siendo en los demas casos recíproco el derecho de suceder, no se observe así en este; pues que el adoptivo sucede al padre abintestato, mas no por eso el adoptante sucede al adoptado. Y esto proviene, de que permaneciendo el hijo adoptivo en la potestad del padre natural, con razon es preferido este en la herencia de su hijo al padre adoptante.

§. CLXXXVII.

§. CLXXXVIII.

ÍTULO XII.

MODOS DE ACABARSE EL DERECHO DE PATRIA PÓTESTAD.

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

§. CXCI. Vamos pues á ver cada uno de los modos que se deducen de este principio. Tal es (I) *la muerte natural*. Un muerto ya no es de este mundo, y por lo mismo nada puede tener propio: la muerte

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

§. CXCII. Hemos visto que la patria potestad se

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

Nec vitam, nec opes, jus nec mihi civis ademit,

Nil nisi me patriis jussit abesse focis.

Ipse relegati, non exsulis, utitur in me

Nomine.

Siendo así, pues, que por la relegacion no se perdían los derechos de caballero romano, es claro que tampoco se perdía por ella el dominio del derecho quiritario, y por consiguiente tampoco se disolvía la patria potestad por la relegacion, que era lo que se trataba de demostrar. De lo mismo se deduce, que ni por dignidad alguna se quitaba el derecho de patria potestad; y así es que bien fuese el hijo cónsul, bien

pretor ó sacerdote ect., permanecía con todo hijo de familia; y aun cuando en razon del oficio era tenido por padre de familia, en casa estaba bajo la potestad del padre, y todo lo que adquiría era para este. Esto lo esplica mui bien Dionisio Halic. *L. II. Antiq Rom.* donde refiere que algunos hijos, revestidos de magistraturas, y al tiempo de hablar al público con aplauso, habían sido arrancados de la tribuna por los padres, y azotados por siervos, á pretesto de que parecía que turbaban la república. Resulta, pues, que la lei establecía no disolverse la potestad del padre por la dignidad del hijo.

§. CXCI. Justiniano mudó este derecho, pues quiso que por algunas dignidades acabase la patria potestad. En efecto (1), al principio concedió este privilegio á los *patricios*, *L. ult. C. de consul.* Por patricios no se entienden aquí los descendientes de familias patricias, segun sabemos que antiguamente desde el tiempo de Rómulo se había observado en Roma esta diferencia; sinó que desde el reinado del gran Constantino se solían llamar así los *primeros ministros del príncipe*, de quienes los emperadores se valían como de padres, y que venían á ser lo que en el siglo anterior los cardenales de Francia Richelieu y Mazarini. A estos, si fuesen hijos de familia, los libraba Justiniano de la patria potestad; pues reputaba por absurdo que estuviera bajo la potestad de un particular aquel á quien el mismo príncipe tenía en lugar de padre. (2) Y como suele suceder que el honor concedido á uno sea pretendido de los otros, así fué que poco despues obtuvieron este privilegio los obispos, como padres espirituales, *Nov. 81. c. 3.* y asimismo los cónsules, prefectos del pretorio, prefectos de la ciudad, generales y patronos del fisco. *Nov. 81. c. 1. y L. ult. c. de decur.* Se puede pregun-

tar, si debe llamarse privilegio y beneficio el que uno quedase libre de la patria potestad? Podría parecer que no, por cuanto los hijos de familia sucedían á los padres abintestato; mas no los emancipados, y por eso mas bien debiera mirarse como una carga que como un beneficio ser librado de la patria potestad. Pero se responderá que en realidad era beneficio, porque (a) así sucedía que todo cuanto adquirían no era para el padre, sinó para ellos, siendo así que del otro modo adquirían para el padre. (b) Justiniano por dicha *L. ult. C. de consul.* y *Nov. 81. c. 2.* les había reservado los derechos de familia. Luego, aunque salían de la patria potestad, retenían sin embargo el derecho de suceder; y así en las cosas favorables subsistían los derechos de familia, y cesaban en las odiosas.

§. CXCIV. En el §. 191. dijimos que tambien *por la emancipacion* se acababa la patria potestad, y así trataremos con alguna estension acerca de ella. *Emancipar* entre los romanos era vender alguna cosa por la moneda y la libra (*per æs et libram*), delante de cinco testigos ciudadanos romanos, otro que les exigía su testimonio (*antestatus*), y el fiel que tenía la balanza (*libripens*). Luego emancipar no es otra cosa que librar de su potestad á los hijos por medio de esta solemne venta triple, y por consiguiente todas las vezes que un padre libraba espontáneamente de su potestad á su hijo por este rito, otras tantas se decía que emancipaba. Y esto es mui conforme con el principio que sentamos (§. 190.); porque al modo que podemos desprendernos por medio de la venta de otras cosas constituidas en nuestro dominio, así tambien podemos desprendernos de los hijos. Empero hai tres clases de emancipacion; la *antigua*, derivada de las XII tablas; la *Anastaziana*, inventada

por el emperador Anastasio, *L. 5. C. de emancip. lib.* y la *Justiniana* que introdujo Justiniano, *L. ult. C. de emanc. lib.* Vamos, pues, á hablar de cada una de ellas separadamente.

§. CXCIV. La primera es la *antigua*, por la que el padre á presencia de cinco testigos, el libripende y el antestado vendía á su hijo tres veces, y le manumitía otras tantas como á un siervo. Porqué es de saber, que en primer lugar el padre vendía á otro su hijo á presencia de cinco testigos, y el comprador decía, echando una moneda en la libra: *hunc hominem jure Quiritium meum esse ajo, est enim mihi emptus hoc ære, hac æneaque libra.* Hecho esto, se llegaba el antestado al oído de los cinco testigos, y les rogaba se acordasen de esta venta. El hijo así vendido era despues manumitido como siervo. En seguida era por segunda vez vendido del mismo modo, y manumitido; lo cual se repetía tercera vez en los mismos ritos: y entónces tres veces vendido, y manumitido otras tantas, quedaba *sui juris* el hijo. He dicho ya que la razon de este rito debe buscarse en las XII tablas. En ellas estaba dispuesto que un padre pudiera vender tres veces á su hijo (§. 138); luego tres veces vendido y manumitido otras tantas, salía de la patria potestad. Debe observarse que tambien las hijas y los nietos podían ser emancipados, pero en la emancipacion de estos y de aquellas solo se hacía una venta. Por lo demas este rito solo duró hasta el tiempo del emperador Anastasio en cuyo reinado se abolió.

§. CXCVI. En efecto, se introdujo entónces un nuevo modo de emancipar, porqué el emperador Anastasio *L. 5. C. de emanc. lib.* había establecido, que si el padre quería emancipar sus hijos, le bastase alcanzar del príncipe un rescripto, y que esta eman-

cipacion tuviese los mismos efectos que la antigua, que se hacía por medio de ventas imaginarias. Lo que para esta clase de emancipacion se requería, era; (1) un memorial (*litteræ supplices*) dirigido al príncipe por el padre: (2) el rescripto del príncipe declarando el hijo por emancipado. Pero aun esto no dejaba de parecer mui molesto, porque si por ejemplo, un ciudadano habitante de Africa quería emancipar un hijo, se veía precisado á enviar su memorial á Constantinopla, y á obtener allí el rescripto, cosa que no podía hacerse sin gran dispendio de tiempo é intereses. Justiniano pues acordó remediar esto, y hallar un modo de emancipar mucho mas fácil, del cual hablaremos en el párrafo siguiente, y cuya doctrina está en la *L. ult. C. de emanc. libert.*

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

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

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

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

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

§. CXCIX. CC.....

TITULO XIII.

DE LAS TUTELAS.

§. CCI. Sigue la última division, ó por mejor decir, subdivision de los hombres. La primera era, que los hombres ó son libres ó siervos: los libres, ó ingenuos ó libertinos; y de esta primera division se trató desde el título 2 hasta el 7. Ademas, los hombres eran *sui juris*, ó *alieni juris*. Los sujetos á poder ageno ó estaban bajo la potestad señorial, de que se habló en el título 8, ó bajo la patria potestad, título 9 hasta el 12. Ya por último, los hombres dueños de sí (*sui juris*), ó están en tutela, ó en curaduría, ó no están sujetos á una ni á otra. Viene, pues, ahora la materia elegante y verdaderamente práctica de la *tutela y curaduría*, en la cual se considera: (1) ¿qué cosa sea tutela? título 13. (2) ¿De cuántas maneras? título 14 al 20. (3) ¿Cuál sea el oficio del tutor? título 21. (4) ¿Cómo se acaba la tutela? título 22. (5) ¿Qué es curaduría? título 23 hasta el fin de este libro.

§. CCII. (I) ¿Qué es tutela? La tutela es de de-

recho natural y de gentes; pues interesa á la república y á la sociedad humana, que los que no pueden regirse y defenderse á sí mismos, sean gobernados por auxilio ageno. De aquí es, que no solo los romanos, sinó tambien los griegos, y aun todas las naciones, guiadas por la recta razon, señalaron tutores á los que necesitaban de la defensa y auxilio de otros, y por lo que toca á los romanos, daban tutores (1) á los *impúberes* ó *pupilos*. Efectivamente, en esta edad suele ser tan débil y falaz el juicio de los hombres, que con facilidad pueden errar, ser engañados, y prodigar su hacienda, si por otros no son dirigidos. Bien conocidos son aquellos versos de Horacio en su arte poética :

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

Quita á todos estos los tutores, y será lo mismo que si á un indómito caballo quitaras el freno : dales libertad, y darás á un furioso una espada. Por consiguiente, necesitan tutor los pupilos. (2) Tambien daban los romanos tutores á las *mujeres*, pues este sexo es frágil, vario y mudable, y fácil de engañar, especialmente si se atiende á que la noche, el amor y el vino, no saben guardar moderacion. Querían, pues, los romanos que las mujeres estuviesen bajo la tutela de los próximos agnados, en lo cual verdaderamente era peor la condicion de las mujeres que la de los pupilos; pues estos en llegando á la edad de la pubertad quedaban libres, al paso que las mujeres permanecían en perpetua tutela, á no ser que (a) por casamiento cayesen en poder del marido, ó (b) tuviesen tres hijos, que en este caso se acababa

su tutela. Estas eran las personas que entre los romanos estaban en tutela. Pero bajo la dirección de los curadores estaban (3) los *púberes*, que ó por su edad, ó por otras causas no podían administrar sus bienes, como los *menores de edad*, los *furiosos*, y los *que padecían enfermedad habitual*. Así lo disponía el antiguo derecho romano; ¿pero y el nuevo? También disponía lo mismo, solo que Justiniano abolió enteramente la tutela de las mujeres, tanto que en el día ni rastro ni señal alguna se ve de esta tutela en todo el cuerpo del derecho. Que por lo ménos hasta el tiempo de Justiniano hubiese subsistido, lo hemos demostrado en nuestras *Ant. roman. h. t.*

§. CCIII. Sigue ya la *definición de la tutela*. Servio Sulpicio, príncipe de los jurisconsultos en tiempo de Ciceron, la define de este modo : *tutela es la fuerza y potestad en una cabeza libre para defender al que por su edad no puede defenderse á sí mismo, dada ó permitida por el derecho civil, L. 1. pr. ff. §. 1. Inst. h. t.* En esta definición, como suele suceder, echan de ménos muchas cosas los doctores. (1) Piensan que es oscura, porqué dice la fuerza y la potestad *en una cabeza libre*. ¿Qué es cabeza libre? ¿Por qué no se dijo con mas claridad, que *es la fuerza y potestad en (sobre) el pupilo*? (2) Dicen que es ambigua, porqué el sentido de estas palabras puede ser que el tutor debe ser cabeza libre, ó que debe serlo el pupilo : luego este modo de hablar es equívoco. (3) Que es difusa sin necesidad, porqué fuerza y potestad son palabras sinónimas, y una de ellas bastaba. — Pero en realidad la definición es mui buena, si se entiende como se debe. En efecto, *cabeza libre* es lo mismo que *hombre sui juris*, Gell. l. 5. c. 19. Ulpian. *Fragment. tit. 11. §. 5.*; y Servio usó de este vocablo general, porqué en su tiempo no solo estaban en tutela los

pupilos, sinó tambien las mujeres. Además, no sin objeto unió las palabras *fuerza y potestad*, porque *fuerza* significa potestad unida con la facultad de refrenar, la *potestad* no incluye la idea de refrenar. Pues en las mujeres tenían los tutores potestad, no fuerza; con los pupilos aun infantes ejercían la fuerza, y en los próximos á la pubertad la potestad. Luego el sentido de la definicion es este: *tutela es la fuerza (con los infantes) y potestad (con los mas adultos) en una cabeza libre (esto es, sobre la mujer y el pupilo) para defender á aquel (parece que debía estar añadido: ó á aquella) que (en latin qui, y sin duda se añadía quæve, para denotar los dos sexos) por su edad (se añadiría, ó por su sexo) no puede defenderse por sí solo (ó por sí sola)*. Tal parece que debió ser antiguamente la definicion de Servio Sulpicio; mas problemente Triboniano, en atencion á no estar en su tiempo en uso la tutela de las mujeres, suprimió lo que nosotros pusimos entre paréntesis.

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

§. CCV. Veamos ahora lo que se deduce de este axioma. Dos son las conclusiones que de él se derivan: (1) *que los hijos de familia pueden ser nombrados tutores, pr. Inst. qui test. tut. dar. poss.* Pues cómo? La razon está en la nota del §. 139 de los Elementos; y es, que el hijo de familia se tiene en los negocios públicos por padre de familia, *L. 9. ff. de his qui sui vel etc.* Luego tambien pueden desempeñar la tutela, como que es un cargo público. (2) *Que ni los siervos, ni los extranjeros, ni las mujeres pueden ser tutores:* no los siervos ni extranjeros, porqué la tutela es un cargo público de que no son capaces sinó los ciudadanos; ni la mujer, porqué ella misma estaba antiguamente bajo tutela, por lo cual no podía regir á otro; además de que las mujeres tampoco son hábiles para desempeñar cargos públicos y personales. Pero esta última regla admite escepcion, pues Justiniano en la *Nov. 118. c. 5.* estableció que no solo fuesen admitidas á la tutela la madre y la abuela, sinó tambien preferidas á todos los demas agnados. La razon que movió á Justiniano, es el insigne amor que suelen tener á los hijos y nietos la madre y la abuela, el cual suele ser tan grande que apénas recaen sobre ellas sospechas de mala administracion. No obstante, á estas mujéres no se las hace tutoras de sus hijos, sinó mediante estas condiciones: (1) que renuncien á segundas nupcias, y (2) al privilegio del senado consulto Veleyano, por el cual no quedan obligadas las mujeres que afianzan por otro.

§. CCVI. Acabamos de ver quienes pueden se tutores: examinemos ahora en qué casos á los tutores nombrados, ó se les impide ó se les suspende la administracion. Esto se ha de deducir del fin mismo de la tutela, que es que el tutor defienda á aquel que por su edad no puede defenderse á sí (§. 203.). Todos

aquellos, pues, que no son capaces de desempeñar este objeto, no pueden ser tutores. Tales son: (1) Los *menores de edad*, porqué estando ellos mismos sujetos á curadores, ¿cómo han de defender á otros? (2) Los *furiosos y mentecatos*, los cuales, como no sepan lo que hacen, mal pueden mirar por otros. (3) Los *sordo-mudos*, porqué si tienen los dos defectos reunidos, de manera, que aun mismo tiempo sean sordos y mudos, en poco se diferencian de los furiosos y mentecatos, y así no pueden ser tutores. No obstante, aunque esto sea mui cierto debe hacerse distincion entre la tutela testamentaria, legítima, y dativa; pues si los tutores dados en testamento son menores, furiosos, sordo-mudos, no se acaba la tutela por estas faltas, sinó que se suspende; esto es, permanecen tutores, pero no se les concede la administracion, y se nombra un curador hasta tanto que lleguen á la mayor edad, recobren el juicio, ó empiezen á oír y hablar. Mas si un tutor legítimo ó dativo es menor de edad, ó furioso, ó sordo-mudo, no se le hace tutor; ó si se le ha hecho tutor, y principia despues á perder el juicio, ó queda sordo-mudo, al momento acaba la tutela, y se nombra otro tutor. Debe observarse con cuidado esta diferencia, cuyo fundamento está en la *L. 10. §. 7. ff. de excus. tutor.*

§. CCVII. Habiendo ya examinado quiénes pueden ser nombrados tutores, se pregunta ahora: ¿á quiénes se dan tutores? Segun nuestra definicion §. 203. respondemos, que á las cabezas libres, que no pueden defenderse á sí mismas. De aquí se deducen cuatro conclusiones: (1) el tutor se da primariamente á la persona, no á las cosas, §. 4. *Inst. qui test. tut. dat.*, y en esto se distingue el *tutor* del *curador*; el cual se da primariamente para la cosa, no para la persona. Digo que los tutores se dan *primariamente* á la per-

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

§. CCVIII. CCIX. Falta la última cuestion, á saber: de cuántos modos es la tutela? Respondemos que de tres: *testamentaria*, cuando el padre da á sus hijos tutor en el testamento; *legítima*, cuando reciben la tutela personas llamadas á ella por la misma

lei, cuales son principalmente los agnados, patronos, padres, hermanos; y la *dativa*, cuando el magistrado señala tutor á los pupilos. Luego á los *testamentarios* los llama á la tutela el *testador*, á los *legítimos* la *lei*, y á los *dativos* el magistrado pretor. Entre estas especies de tutela se observa el orden de que (1) sean preferidos á todos los tutores testamentarios, y por tanto cuando los hai de esta clase no son admitidos los legítimos. (2) Que si no hai ningun tutor testamentario, entónces puedan tomar la tutela los legítimos. (3) Que si faltan ambas clases de tutela, señale un tutor el magistrado.

El fundamento de esta division se ha de derivar de la lei de las XII tablas, en las cuales se leía esta lei: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*: de donde colegían los antiguos que la tutela era semejante á la herencia. Pues (1) al modo que el heredero testamentario escluye á todos los demas, así tambien escluye á los demas el tutor testamentario. (2) De la misma manera que si no hai heredero instituido, suceden los herederos legítimos ó abintestato; así, faltando tutor testamentario son llamados los legítimos. (3) Así como el pretor daba subsidiariamente á algunos la posesion de los bienes, así tambien da subsidiariamente tutor á los que no le tienen testamentario ni legítimo. Tal es el fundamento de esta division. Vamos, pues, á tratar de cada una de las especies de tutela en título separado, empezando por la *testamentaria*.

TÍTULO XIV.

QUIÉNES PUEDEN SER NOMBRADOS TUTORES EN TESTAMENTO.

§. CCX. La primera especie, pues, de tutela es la testamentaria, cuyo origen y razon vamos á esplicar ántes de nada. Derívase de la XII tablas, en las cuales había una lei que decía: *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* (Téngase por lei lo que un padre de familia disponga acerca de su hacienda ó de la tutela de su cosa.) Ya dijimos arriba que los hijos respecto de él no eran por derecho romano personas sinó cosas, §. 135. Siendo así, pues, que la lei permite á los padres de familia *legare*, esto es, hacer testamento acerca de la tutela de su cosa, parecía seguirse que tambien podía testar acerca de la tutela de sus hijos. Con que ya tenemos el origen de esta tutela, del cual se deduce este axioma: *el padre puede dar tutores en testamento, ó en codicilos confirmados por testamento, á los hijos que están en su potestad, y que no han de recaer en la de otro.* Digo que *el padre puede*, porqué la lei decía: lo que el padre de familia disponga etc. Luego esta facultad no compete á la madre, ni abuela, ni hermano, ni hermana, sinó tan solo al padre. Digo (2) que puede dar tutor á los hijos constituidos bajo su potestad: porqué segun las XII tablas debe testar acerca de la tutela de su cosa; luego no puede acerca de los hijos estraños, sinó acerca de los suyos, que respecto del padre dijimos que eran cosas, §. 135. Digo (3) y que no han de recaer en la potestad de otro. Tales son los nietos, los cuales, muerto el abuelo,

recaen en la potestad de su padre; y á estos no se les puede dar tutor, por la regla de que *al que tiene padre no se le da*. §. 207. Este es el sentido del axioma; esta su razon. Por esto puede juzgarse fácilmente cuál sea el verdadero fundamento de esta tutela testamentaria.

§. CCXI. CCXII. El fundamento de esta tutela testamentaria no es efectivamente otro que la *patria potestad*. Luego el que tiene hijos bajo su potestad puede darles tutor; el que no los tiene no puede. Según este principio no es difícil dar razon (1) por qué la madre, la abuela, y otras personas estrañas no pueden dar tutor en testamento; y en efecto, es por qué solo el padre ó abuelo tiene á los hijos bajo su potestad, mas no la madre y la abuela, y mucho ménos otras personas estrañas. Luego ni el abuelo materno puede dar tutor á un nieto de su hija, por qué tampoco le pertenece la patria potestad, sinó tan solo al padre y al abuelo paterno. (2) Por qué podemos dar tutor á los hijos constituidos bajo nuestra potestad, no á los emancipados: á saber; por qué los emancipados ya no están en nuestra potestad. (3) Por qué á los desheredados pueden tambien dárseles tutor en testamento; conviene á saber, por qué la desheredacion quita sí la herencia, pero no es un modo de disolver la patria potestad. Pudiera decirse: ¿para qué necesitan los desheredados de que se les dé tutor, cuando no tienen nada de cuya administracion pueda este encargarse? Pero se responde: (a) Aun cuando nada tengan, pueden tener tutor, por qué este se da primariamente á la persona (§. 208.). (b) Los desheredados tambien pueden tener bienes, v. gr., por su madre, abuelo ó abuela materna. (4) ¿Por qué á los póstumos se les da tambien tutor en testamento, aun cuando todavía no hayan nacido, y

por tanto no estén bajo la patria potestad? La razón es, porqué los póstumos siempre que se trata de su utilidad, se reputan por ya nacidos, *L. 7. ff. de statu hom.* Si, pues, se reputan por nacidos, deben igualmente reputarse por hijos constituidos bajo la potestad del padre; luego también á estos puede el padre dar tutor, que era lo que se trataba de demostrar. Véase el §. 4. *Inst. de tut.*

§. CCXIII. Pregúntase además : ¿cómo puede ser nombrado el tutor? Según el axioma, §. 210, respondemos, que se ha de dar (1) *en testamento*. La razón es que la tutela se comparaba con la herencia, y esta no se podía dar sinó en testamento, y así el tutor se da también en testamento. (2) Después se permitió que también se pudiera dar tutor en codicilos confirmados por testamento. Esto parece haberse introducido, porqué cuando da tutor un testador, este encomienda ó confía, por decirlo así, á la fe de aquella tutela, y los fideicomisos pueden dejarse así en testamento como en codicilos, *pr. Instit. de codicill.* (3) Pueden ser nombrados tutores todos aquellos que tienen facultad de hacer testamento, con tal que sean capaces de cargos públicos; v. gr., los siervos que son nombrados dándoseles libertad, los hijos de familia, mas no las mujeres. Y es mui de notar, que mas potestad dan las leyes al padre que nombra tutor en testamento, que al pretor que lo nombra de oficio, porqué este no puede nombrar ningun furioso, menor, ni sordo-mudo : semejante nombramiento de tutor sería *ipso jure* nulo; pero el testador puede señalar furiosos, menores y sordo-mudos; porqué aunque estos no administran la tutela, sinó entre tanto que nombra el magistrado otro tutor, son sin embargo *ipso jure* tutores, y tan pronto como lleguen á la mayor edad, ó recobren el juicio, ó el oído y el

habla, se les debe permitir la administracion; de lo cual hablamos en el §. 206. Añádese la *L. 10. §. 7. ff. de excus.* Finalmente, del mismo axioma se infiere : (4) que el testador no puede nombrar ninguna persona incierta, *L. 20. pr. L. 30. ff. h. t.* La razon, por derecho antiguo, era que una persona incierta no podía ser instituida por heredero, §. 25. *Inst. de Legat.*; y aunque despues se mudó esto en cuanto á la institucion de heredero, subsistió en vigor el derecho antiguo respecto de la tutela testamentaria. La razon es, porqué el que da tutor á sus hijos, lo hace por la confianza que tiene en la persona nombrada. Y ¿cómo en una persona incierta podrá nadie poner su confianza? Por consiguiente no vale este nombramiento de tutor : *el que sea elegido cónsul el año que viene, sea tutor de mis hijos.* Finalmente, debe observarse, (5) que el tutor puede ser nombrado en testamento *puramente, bajo condicion, y hasta cierto dia* : cosa que no puede hacer el pretor, el cual siempre nombra al tutor puramente. Pero en qué consiste que en esto tenga mayor facultad el testador privado que el pretor? Resp. Porqué el nombramiento de tutor que el pretor hace es un acto legítimo, *L. 77. ff. de R. J.*, y un acto legítimo no admite condicion ni dia (§. 70.). Pero el señalamiento de tutor en testamento no es acto legítimo; y de aquí es que puede hacerse bajo condicion, y hasta cierto dia. *L. 8. §. 2. ff. h. t.*

§. CCXIV. Hasta aquí hemos sentado el principio de que la tutela es semejante á la herencia. Ahora sigue otra nueva regla que se cuidará de observar : *miéntras se espera la tutela testamentaria, no hai lugar á la legitima*, *L. 11. pr. §. 1. Inst. h. t.* porqué así como no se admite ningun heredero legítimo ó abintestato en tanto que existe el instituido en el

testamento, del mismo modo una vez que haya tutor testamentario, ó que todavía se espere la tutela testamentaria, no se admite entre tanto la tutela legítima; pues segun adelante diremos, nadie puede morir parte testado y parte intestado. *L. 7. ff. de R. J.* Pongamos un ejemplo: un testador nombra á Ticio por tutor de sus hijos, y muerto el testador empieza Ticio á ponerse loco: se pregunta si el próximo agnado puede ser admitido como tutor legítimo. Se niega; porque mientras se espera tutela testamentaria, no se admite la legítima: y en este caso aun se espera, porque un loco puede recobrar el juicio. Luego el pretor nombrará tutor entre tanto (§. 206.).

§. CCXV. En la otra parte de este título se trata de la confirmacion de los tutores que suele hacer el magistrado. Pero se debe cuidar de no confundirla con la que en el dia está en vigor. La diferencia es: (1) Que hoi todos los tutores son confirmados por el magistrado, cuando antiguamente solo lo eran los testamentarios, y eso no todos, sinó algunos. (2) Hoi son confirmados aun los que se nombran segun los ritos y disposiciones legales, y antiguamente solo lo eran los que habian sido viciosamente nombrados en testamento. De donde resulta esta definicion: *confirmacion es un acto por el cual el magistrado confirma al tutor nombrado viciosamente en testamento.* Luego se necesita de la confirmacion del magistrado todas las vezes que se observa vicio en el nombramiento de tutor testamentario. Este vicio ó está en el testador, ó en el modo de nombrar. (1) Hai vicio en el testador, si nombra tutor uno que no tenga patria potestad sobre los hijos; v. gr. la madre ó el abuelo materno. En efecto, arriba dijimos que el fundamento de la tutela testamentaria es la patria potestad (§. 211.). Luego nombra viciosamente tutor el que lo da á pupilos

no constituidos en su potestad. (2) En el modo de nombrar tutor hai vicio si no se le nombra en testamento ó en codicilos simples. En ambos casos es efectivamente nulo *ipso jure* el nombramiento de tutor; pero sin embargo, por cuanto parecía que el testador ponía en la persona constituida una gran confianza, estimó justo el pretor que estos tutores, aunque viciosamente nombrados, fuesen confirmados por él, y que con esta confirmacion se quitase este vicio.

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

§. CCXVII.....

TÍTULO XV.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS AGNADOS.

§. CCXVIII. La tutela *legítima* es otra de las especies de tutela (§. 209.), y se llama así, porqué á estos tutores ni los nombra el testador, ni el magistrado, sinó que la misma lei los llama á la tutela. Es de cuatro especies, puesto que la lei llama á la tutela (1) á los *próximos agnados*, por lo cual en este título se trata de la tutela legítima de los agnados: (2) á los *patronos* para la tutela de los libertos, y de aquí la tutela legítima de los patronos, que es la materia del tít. 17: (3) al *padre*, para la tutela del hijo emancipado, y esta es la tutela legítima de los padres, de que se hablará en el tít. 18; y por último (4) al *hermano* para la tutela del hermano impúber emancipado: esta se llama tutela fiduciaria, y se trata de ella en el tít. 19. Las tres últimas especies no están hoi en uso, mas sí la primera, de la cual por lo mismo se tratará con alguna estension. Tiene lugar *esta tutela legítima de los agnados* en caso de morir el padre intestado; porqué *siempre que hai tutor por testamento, no se admite tutor legítimo* (§. 214.); pero sí se admite muriendo intestado el padre del pupilo. Y en este título se dice que el padre murió intestado; (1) si absolutamente no hizo testamento; (2) si aunque lo hiciese, no dejó en él nada dispuesto acerca de la tutela, §. 2. *Inst. h. t.* En ambos casos, pues, hai lugar á la tutela legítima. Pero se pregunta: ¿porqué, no existiendo tutor testamentario, se nombra tutor legítimo ó agnado? Por nuestro principio, explicado en el §. 208, se podrá fácilmente contestar.

La tutela se tiene por semejante á la herencia : faltando el heredero instituido en el testamento , sucede el legítimo ó el heredero abintestado. Luego tambien, no existiendo tutor testamentario, recibe la tutela el legítimo ó agnado.

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

Puede preguntarse, si anduvieron prudentes los romanos en establecer estas disposiciones? A la verdad, los antiguos griegos creían tan peligroso confiar al presunto heredero la tutela, como hacer pastor al lobo; porqué si está tan ansioso de la herencia que quiera dar veneno, ó matar de otro modo al pupilo que se le ha confiado, esto le será tanto mas fácil, cuanto tiene bajo su tutela la persona del pupilo, ni faltan ejemplos de esta maldad. Véase á Sueton. *Galb.* c. 9. Así, pues, el legislador de los atenienses, Solon, defería sí la tutela á los agnados ; pero á los mas remotos, no á los próximos : Carondas, legislador de los cretenses, encomendaba á los agnados la administracion de los bienes, y á los cognados el cuidado de la persona. Pero los romanos deferían la tutela á los próximos agnados y herederos, á quienes, principalmente estando en vigor el gentilismo, era fácil quitar de enmedio á los infelizes pupilos. Véase á Vinn. *Comment. ad Inst. h. t.* Es verdad que Hu-

bero, *Digress. lib 3. c. 5.* defiende esta disposicion; pero los argumentos en que se apoya no parecen difíciles de refutar. Como quiera que sea, lo cierto es, que en el derecho estaba recibido el axioma de que : *donde hai el provecho de la sucesion, debe tambien haber el cargo de la tutela.* No obstante, debe añadirse la siguiente limitacion; *siempre que el próximo agnado sea hábil para obtener cargos públicos.* Y así, v. gr. una mujer puede ser próxima agnada, y por lo mismo heredera legítima, y sin embargo no era tutora por lo que dijimos (§. 205.), á no ser que fuese madre ó abuela.

§. CCXX. CCXXI. Segun este axioma, pues, no es difícil conocer quiénes son llamados á la tutela legítima. Debe distinguirse entre el derecho *antiguo* y el *nuevo*. Por el *antiguo* (1) solos los agnados eran llamados á esta tutela, y á falta de ellos los *gentiles*, porqué tambien eran los únicos que sucedían abintestato, mas no los cognados. Espliquemos, pues, quiénes sean *agnados*, quiénes *gentiles*, y quiénes *cognados*. *Cognados* se llaman generalmente aquellos que son de una misma sangre y origen, ya paterno, ya materno. Por ejemplo, el tio paterno, el materno, la tia paterna y la materna son cognados míos. Pero agnados en especie se llaman aquellos que son mis allegados por el lado paterno, ó por personas del sexo masculino, *L. 7. ff. h. t. §. 1. Inst. h. t.* Así, por ejemplo, el *tio paterno* es *agnado mio*, porqué tiene parentesco conmigo por mi padre; mas no lo es el *tio materno*, porqué lo tiene por mi madre; de manera, que este no es mas que cognado. El signo esterno de agnacion es el mismo nombre, y así todos los agnados de Ciceron se llaman Cicerones. Por último, los *agnados* y *gentiles* se diferencian en que los *agnados* son de la misma familia, y los *gentiles* de un

mismo tronco ó raza. Por ejemplo : todos los Cornelios eran gentiles, porqué todos descendían del tronco comun de los Cornelios; pero los Escipiones eran entre sí agnados por descender de una misma familia de la raza Cornelia. En pocas palabras, los romanos casi siempre tenían tres nombres, *prænomen*, *agnomen*, *cognomen*, v. gr. M. T. Ciceron. El pronombre designaba la *persona*, el nombre era el signo de la *raza* ó gente de quien se descendía, y el cognombre en fin indicaba la *familia*. Baste lo dicho acerca de esta diferencia, y volviendo á lo de arriba, repitamos que por derecho antiguo solamente los agnados y gentiles eran llamados á la tutela legítima, *pr. §. 1. Inst. h. t.* (2) Si eran muchos los agnados, el mas próximo excluía á los mas remotos, porqué lo mismo sucedía en la herencia : v. gr. á Ticio, pupilo, le quedan un tio paterno, un tio segundo, y un hijo del tio paterno : quién de estos será tutor? El tio paterno, que escluye á todos los demas : véanse las *Fig. 13, 14 y 15. de la lám. II.* (3) Si hai muchos de un mismo grado, reciben la tutela todos ellos juntos. Por ejemplo, si uno tiene (*Fig. 16. lám. II.*) cuatro tios paternos, todos ellos serán á un mismo tiempo tutores, porqué tambien son herederos á un mismo tiempo. Tal era el derecho antiguo : hablemos ahora del *nuevo*, que se diferencia del antiguo en dos capítulos. (1) En que hoi no hai ninguna diferencia entre agnados y cognados. La razon es, que habiendo Justiniano igualado enteramente en la herencia por la *Nov. 118. c. 4.* los agnados y los cognados, tambien hoi deben ser iguales en la tutela legítima, porqué donde está el provecho de la sucesion, debe tambien estar el gravámen de la tutela (§. 219.); (2) y tambien se diferencia el derecho nuevo del antiguo, en que no admitiendo este á la tutela mujer

ninguna, por la *Nov.* 118. *c.* 5. la madre y la abuela son preferidas á todos los demas agnados; de lo cual hablamos arriba §. 205.

§. CCXXII. Antes de acabar este título indicaremos otra diferencia entre *agnados* y *cognados*, á saber: que el *derecho de agnacion* se pierde por toda clase de *capitis-diminucion*, y el *derecho de cognacion* tan solo por la *capitis-diminucion máxima y media*, mas no por la mínima. La razon es, porqué el derecho de agnacion es una invencion del derecho civil, y el de cognacion viene del derecho natural y de gentes; y el derecho civil se quita fácilmente por otro derecho civil, lo cual no sucede con el natural, que siempre es inmutable. Luego si un hermano mio ha sido dado en adopcion á Mevio, deja de ser agnado mio, porqué sufrió la *capitis-diminucion mínima*; pero no dejará por eso de ser mi cognado. Ahora es fácil conocer por qué sigue inmediatamente la materia de la *capitis-diminucion*, que segun nuestro método vamos á esplicar.

TÍTULO XVI.

DE LA CAPITIS-DIMINUCION.

§. CCXXIII. Sin que primero interpretemos la palabra *caput*, no podemos entender qué cosa sea *capitis-diminucion*. Por cabeza (*caput*) se entendía en Roma todo aquel cuyo nombre era registrado en las tablas censorias. De aquí las frases: *censa sunt capita civium CCM: capite census*, que se decía del que no tenía que dar razon ante el censor, ni de familia, ni de hacienda: *caput de civitate eximere*, esto es, desterrar. En atencion, pues, á que en las tablas no

eran inscriptos sinó los *hombres libres, ciudadanos, y padres de familia*, se sigue que cabeza es lo mismo que *estado de libertad, ciudad y familia*. Por lo mismo, de todo aquel que no tiene ninguno de estos estados, v. gr. un siervo, se dice que no tiene cabeza (*caput non habere*), §. 4. *Ins. h. t.* y del que tuvo estos tres estados, y los perdió en todo ó en parte, se dice que es capite minuido (*capite minuitur.*)

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

§. CCXXV. Siendo, pues, la cabeza ó estado de tres especies, de *libertad, ciudad, y familia*, tambien debe ser triple la capitis-diminucion, *máxima, media, mínima*. *Máxima* es aquella por la cual se quita libertad, y por lo mismo tambien los derechos de ciudad y familia: v. gr. cuando á alguno se le hace siervo, porqué entónces necesariamente deja de ser ciudadano y padre de familia. *Media* es aquella por la que se pierde el derecho de ciudad; el que sufre esta capitis-diminucion, es verdad que permanece hombre libre; pero sin embargo, se hace extranjero, y deja

de ser padre de familia. *Mínima*, por la cual se estinguen los derechos de familia, aunque subsiste el derecho de libertad y de ciudad. En pocas palabras, la *máxima* está en oposicion con el estado de libertad; la *media* con el de ciudad, y la *mínima* con el de familia. Dos observaciones deben tambien añadirse: (1) que la *máxima* y la *media* se llaman en nuestro derecho *muerte civil*. *L. 209. ff. de R. J.* Pues por qué? porqué al modo que un muerto nada hace ni padece, así tampoco un siervo ni un extranjero no podían obrar, ni disfrutar de beneficio alguno del derecho civil, por ejemplo: ni contraían el matrimonio del derecho romano, ni testaban, ni eran instituidos herederos en testamento, ni contraían segun el derecho civil, ni tenían patria potestad sobre sus hijos, ni usucapían; y así eran reputados por muertos, de la misma manera que aquellos á quienes se les corta la cabeza natural. (2) Que algunas vezes solo ocurren dos clases de *capitis-diminucion* en nuestro derecho, v. gr. en las notables *L. 1. §. 1. ff. de suis et legit.* y *L. 1. §. 8. ff. ad S. C. Tertull.*; pero entónces no hablan los jurisconsultos con rigurosa precision, y comprenden bajo una misma especie la *máxima* y la *media*; cosa que los jurisconsultos hacen tambien con frecuencia en otras divisiones tripartitas, segun prueba claramente el célebre Gerh. Noodt, *Probab. Lib. I. c. 12. y Observ. lib. II. cap. 21.*

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

Sufren la *máxima* (1) los *prisioneros de guerra* (*capti ab hoste*). Entre nosotros permanecen libres los prisioneros; pero entre los romanos al instante se hacían siervos, y así es que perdían el derecho de ciudad, sin que lo recuperasen hasta que volvían á

su patria. Pero en este caso todos los derechos recobraban por el *derecho de postliminio*, de que hemos hablado en el §. 82 (2) *Los que siendo mayores de veinte años se dejaban vender dolosamente, y por disfrutar del precio*; de cuyo fraude tambien se trató en el §. 83; pues estos eran obligados en castigo á permanecer en servidumbre, perdían el estado de libertad, y así sufrían la *capitis diminucion máxima*. (3) *Los siervos de la pena*. Pero quiénes son estos? La lei Porcia había establecido en Roma, que los ciudadanos romanos no pudiesen ser heridos con látigo ó azotados, ni sufrir pena de muerte, y en efecto, cuantas veces un magistrado se propasaba á imponer semejante pena á un ciudadano romano; otras tantas solía este clamar: *soi ciudadano romano*; y con esto solo quedaba al instante absuelto. En la sagrada Escritura tenemos un ejemplo, *Act. Apost.* 22, 24, cuando el apóstol san Pablo se libra con esta fórmula del rigor de un tribuno militar. Véase tambien *Cic. orat.* 1. *adversus Verrem.* c. 7. *orat.* 5. *cap.* 146, 161, 167, 169. *Euseb. hist. eccl.* l. 5. c. 1. y el *Apénd.* de nuestras *Ant. Rom.* *Lib.* 7. §. 28. p. 258. Siendo así, pues, que los ciudadanos gozaban del insigne privilegio de no sufrir pena capital, y como sin embargo ninguna república pueda subsistir sin castigos para los facinerosos, por eso fingían mui oportunamente los romanos que aquellos que debieran sufrir pena de muerte; por la sentencia capital quedasen siervos, y perdiesen los derechos de ciudad. Mas por quanto no se puede concebir siervo sin señor, y el condenado capitalmente no recaía bajo el dominio de nadie, fingían que la pena venía á ser como su señor; y por eso eran llamados *siervos de la pena*. Acerca de esta ficcion habla con mucho acierto Noodt, *Prob.* l. 3. c. 12.

La *capitis-diminucion media* la sufrían (1) aquellos

á quienes se prohibía el uso del agua y del fuego (*quibus aqua et igni interdictum*). Y esto qué significa? Los ciudadanos romanos gozaban del privilegio de *no poder contra su voluntad perder el derecho de ciudad*; y de aquí es que si querían privar á un ciudadano del derecho de ciudad, se mandaba por un plebísquito, no que se marchase al destierro (pues á esto, como dije, no podía ser obligado), sinó que no usase del agua y del fuego. Hecho esto se le ponían guardas que le prohibiesen usar del agua y del fuego, y como de esta manera no podía sostener su vida, se veía precisado á salir de la ciudad y acogerse á otra, con lo cual al instante perdía el derecho de ciudad, porque segun el derecho romano nadie podía ser ciudadano de dos ciudades: véase Corn. Nep. *in vita attici*, c. 3. y nuestras *Ant. Rom. h. t.* §. 10. La misma *capitis-diminucion* media sufren (2) los *deportados*. Y debe observarse que la prohibicion del agua y del fuego, propiamente hablando, no se diferenciaba de la deportacion, pues tambien á los deportados se les prohibía el uso del agua y el fuego; pero se diferencian en el efecto. Antiguamente aquellos á quienes se había prohibido el uso del agua y el fuego, podían á su arbitrio ir á donde querían; pero Augusto, á persuasion de su mujer Livia, temiendo una sedicion de aquellos desterrados por la libertad en que se les dejaba dispuso que fuesen conducidos á ciertas islas, y que quedasen allí confinados; por lo cual despues se les llamó *deportados*. V. Dion. Cass. *Hist. lib. CV.* p. 562. Aquellos á quienes se había prohibido el uso del agua y el fuego, y los deportados tenían la denominacion comun de desterrados (*exules*), los cuales no se deben confundir con los *relegados*, segun hemos explicado arriba por un pasaje de Ovidio, §. 192.

Finalmente, la *capitis-diminucion mínima* la su-

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

§. CCXXIX.....

TÍTULO XVII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS PATRONOS.

§. CCXXX. Todavía estamos tratando de la tutela legítima, de la cual dijimos que había cuatro especies: de los *agnados*, de los *patronos*, de los *padres*, y la *fiduciaria*. Hasta aquí hemos hablado de la tutela de los agnados y de la *capitis-diminucion*, por la cual puede extinguirse esta tutela. Ahora sigue la segunda especie, esto es, la tutela de los patronos; y llamándose

patrono aquel que manumitió un siervo, por *tutela de los patronos* se entiende la que el patrono ó sus hijos tienen respecto del liberto impúber, ó de los hijos del liberto.

§. CCXXI. CCXXXII. El fundamento de esta tutela de los patronos es el mismo que el de la legítima de los agnados : donde está el provecho de la sucesion, debe igualmente estar el cargo de la tutela. Ahora pues, muriendo sin hijos el liberto le sucedían el patrono ó sus hijos, por cuanto el patrono, á causa del beneficio de la manumision, era mirado como padre del liberto, ó próximo agnado (§. 111 y 112.); véase Vinn. *ad. Inst. tit. de Success. libert.* luego tambien debían los patronos ser tutores legítimos. Dicen los jurisconsultos que esta tutela se deriva de las XII tablas, y sin embargo en las XII tablas ni siquiera una palabra se habla de ella; pero responde Justiniano, §. 7. *Inst. h. t.* que se debe distinguir entre el sentido y las palabras. En las XII tablas nada había escrito de la tutela de los patronos; mas por lo que toca al espíritu, no cabe duda en que esta tutela se derive de ellas, porqué en efecto, si en las XII tablas estaba prevenido que el patrono sucediese al liberto, tambien parecía estarlo, que se encargase de su tutela, pues *donde hai la utilidad de la sucesion, debe tambien etc.*

TÍTULO XVIII.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS PADRES.

§. CCXXXIII. La tercera especie de tutela legítima es la de los *padres* que ejercen estos sobre sus hijos impúberes emancipados, *L. 3. §. ult. ff. de*

legit. tut. Mas por qué no sería mejor decir que el padre es el tutor legítimo de sus hijos? Resp. Porque el que tiene padre no necesita de tutor, ni fuera de eso pueden tenerle los hijos constituidos bajo la patria potestad, porque no son cabezas libres, á las cuales *solas* pertenece la tutela (§. 203.). Pero los emancipados son cabezas libres, pues que están libres de la patria potestad, y así pueden estar bajo tutela; y en efecto, lo están bajo la del padre emancipante.

§. CCXXXIV. CCXXXV. El fundamento de esta tutela es el derecho de patronato, de que hemos hablado en el título anterior. Mas arriba (§. 195.) esplicamos que la emancipacion se verificaba por medio de tres ventas, y otras tantas manumisiones, y la última de estas manumisiones las mas de las veces se hacía por el mismo padre. Pues siendo así que el que manumite se hace patrono, el padre emancipante se hacía patrono de su hijo emancipado. El patrono sucede al liberto abintestato; luego tambien el padre sucede á su hijo abintestato. Ahora bien, *donde hai la utilidad de la herencia, debe igualmente haber el cargo de la tutela.* (§. 219.) Por consecuencia, la tutela del hijo emancipado debe tambien pesar sobre el padre, que es lo que queremos demostrar. Así discurrían los antiguos jurisconsultos, y así se fué introduciendo poco á poco esta tutela legítima de los padres.

§. CCXXXVI.

TÍTULO XIX.

DE LA TUTELA FIDUCIARIA.

§. CCXXXVII. CCXXXVIII. La cuarta especie de tutela legítima es la *fiduciaria*, y debe observarse

que este nombre se deriva de *fiducia*, que era un pacto ó contrato, por el cual uno entregaba á otro una cosa bajo la condicion de que se la devolvería; en cuya convencion usaban de la fórmula, *ut inter bonos agere oportet, ne propter te fidemque tuam fraudet*. Cic. *de offic. lib. III. c. 13*. Este contrato de confianza solía interponerse en la emancipacion de los hijos; pues el padre, vendiendo tres vezes á su hijo, en la tercera venta estipulaba que el comprador le vendiese ó retrovendiese este hijo que le había entregado, y entónces lo manumitía el padre; de cuya manera, segun dijimos en el título anterior, se hacía patrono del hijo emancipado. Pues como en la lei de las XII tablas estuviese dispuesto que el patrono, y á la muerte de este, su hijo sucediese abintestato, de aquí se seguía, que no solo el padre era tutor del hijo emancipado, sinó que muerto el padre dejando un hijo de edad á propósito, recibía tambien este la administracion de la tutela. Ahora ya puede entenderse la definicon de esta tutela fiduciaria, que es aquella que despues de la muerte del padre emancipante corresponde á sus hijos varones de perfecta edad sobre su hermano impúber emancipado, §. *un. Inst. h. t.*

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

TÍTULO XX.

DEL TUTOR ATILIANO Y DEL QUE SE DA POR LA LEI
JULIA Y TICIA.

§. CCXXXIX. CCXL. Hasta aquí llevamos esplicadas dos especies de tutela; la *testamentaria*, tit. 14, y la *legítima*, tit 13 al 19. Falta la tercera, esto es, la *dativa*, llamada así, porque este tutor es *dado* (ó nombrado), y no en testamento, ni por la lei, sinó *por el magistrado*. Definimos pues la dacion de tutor diciendo, que es *un acto legítimo por el cual, á falta de tutores testamentarios y legítimos, se nombran otros por el magistrado segun la lei*. Lo que significa esta definicion, aparecerá por los axiomas que de ella se deducen, que son tres: (I) *Este tutor es nombrado por el magistrado segun la lei*, es decir, segun la lei Atilia, y la Julia y Ticia; pues entre los romanos no pertenecía al oficio de magistrado nombrar tutor, sinó que esta facultad tan solamente se daba por lei especial á ciertos magistrados, y á escepcion de estos, ningun otro magistrado podía nombrarlos. Así, por ejemplo, un cónsul era magistrado, y lo mismo un dictador, y sin embargo no podían nombrar tutores, sinó únicamente el pretor con la mayor parte de los tribunos de la plebe, por haber concedido á estos solos esta facultad la lei Atilia. De aquí es que *la dacion de tutor se dice ser de jurisdiccion extraordinaria*, L. 7. §. 1. ff. de offic. procons. porque no dimana del oficio del magistrado, sinó de lei especial. (II) *El tutor es nombrado por el magistrado subsidiariamente, faltando los testamentarios y legítimos*; por-

qué al modo que no hai lugar á la tutela legítima sinó faltando la testamentaria, así tampoco tiene lugar la dativa cuando hai la testamentaria y la legítima. Luego esta tutela es subsidiaria. (III) *La dacion de tutor es acto legítimo*, pues así se llama espresamente en la *L. 77. ff. de R. J.* Qué cosa sea acto legítimo, ya lo esplicamos en el §. 70; esto es, un acto que se debía esplicar solemnemente, y que no admitía procurador, ni condicion, ni dia. Estos son los axiomas cuyas consecuencias vamos á manifestar.

§. CCXLI. CCXLII. El primer axioma era, que *este tutor es nombrado por el magistrado segun la lei*; luego debe haber algunas leyes promulgadas acerca de esta tutela. En efecto las hai, y son dos; la lei Atilia, y la Julia y Ticia. Veamos en qué tiempo fué hecha la *primera*. Ya en el año de la fund. de Rom. 557, hubo un ejemplo de tutor nombrado segun la lei Atilia, como rifiere Tit. Livio, *lib. XXXIX. c. 9*; luego nuestra lei es anterior á aquel año. Debiendo pues ser cierto Atilio el autor de esta lei, y no apareciendo ántes de aquel año ningun Atilio entre los tribunos de la plebe, á no ser L. Atilio Régulo, que ejerció el tribunado en el año 443 de la fund. de Rom. segun el mismo Livio *lib. 9. c. 30.* es verosímil que esta lei fuese propuesta en aquel año, y por aquel Atilio, y que tomase de él su nombre. La *segunda* lei fué establecida muchos siglos despues, en el año 728 de la fund. de R., y trae su denominacion de Julio César Octaviano Augusto, y M. Ticio, cónsules en aquel año; cosa que ignoraba el vulgo de los intérpretes, y que descubrió el primero el docto *Henr. Vales*, de la eomp. de Jesus, en sus notas *ad Excerpta Peiresciana*, p. 61. Por lo demas estas leyes se diferencian: (1) en que la primera trata de los tutores que se debían dar en Roma; y la segunda de los

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

§. CCXLIII. Del primer axioma se infiere que *la dacion de tutor no podía encomendarse á otro*. Porque es de saber que en otros casos cualquier magistrado podía encomendar á otro su jurisdiccion: v. gr. si el pretor se veía precisado á ausentarse de la ciudad, podía encargar su jurisdiccion á otro colega. Así tambien el presidente de una provincia, por quanto no podía estar presente ni administrar justicia en todos los puntos de ella, encomendaba su jurisdiccion á ciertos comisionados; y en las *ff. Lib. 1. hai el tit. de offic. ejus, cui mandata es jurisdic-tio*. Se pregunta pues, si la dacion de tutor podía tambien encomendarla el magistrado? En la *L. 8. pr. ff. h. t.* se dice que no podía. Pues por qué? Por dos razones: (1) porqué la dacion ó nombramiento de tutor no dimana del officio del magistrado, sinó de una lei especial, y todo lo que dimana de lei especial, no puede encomendarse, segun espresamente lo previene la *L. 1. pr. ff. de offic. ejus, cui mand. est juris*. (2) Porqué la dacion de tutor es un acto legítimo, y la naturaleza de estos actos legítimos es tal que no admiten procurador, *L. 77. de R. J.* Luego tampoco puede nombrarse tutor por medio de procurador ó mandatario. Pudiera objetarse la *L. 15. ff. de offic. procons.* en que se dice que el legado ó comisionado del procónsul pueden tambien nombrar tutores, siendo así que estos legados no tienen sin embargo jurisdiccion propia, sinó delegada ó encomendada. Pero se responde que á los legados del procónsul les encomendaba este la jurisdiccion; despues de lo cual recibían el derecho de nombrar tutores por una lei y constitucion especial del emperador M. Antonino, *L. 1. §. 1. ff. h. t.* Luego si nombraban tutores, no era en fuerza del mandato ó delegacion, sinó por una lei especial, y por lo mismo esta lei no repugna á las demas.

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

§. CCXLV. Segun el tercer axioma, la dacion ó nombramiento de tutor es un acto legítimo. Siendo así pues que un acto legítimo no admite condicion ni dia (§. 70.) es claro, (1) que el magistrado no puede nombrar tutor bajo condicion, diciendo, v. gr. sé tutor si te graduares de doctor en leyes: (2) que tampoco puede nombrarle hasta cierto dia, ó desde cierto dia, diciendo, por ejemplo: sé tutor durante un año, ó de aquí á dos años. Luego se le debe nombrar puramente de este modo: sé tutor, *L. 6. §. 1. ff. h. t.* Pero el testador puede nombrar tutor bajo condicion, y desde cierto dia, ó hasta dia determinado (§. 213.): *L. 8. §. 2. ff. de test. tut. §. 3. Inst. qui test. tut. dare poss.*; y esto se funda en que el nombramiento de tutor hecho en testamento no es acto legítimo, sinó solo el hecho por

el pretor. Por consiguiente la regla de la *L. 77. ff. de R. J.* no tiene lugar en la tutela testamentaria.

§. CCXLVI.

TÍTULO XXI.

DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES.

§. CCXLVII. CCXLVIII. Hasta aquí hemos tratado de todas las especies de tutores : tratemos ahora de sus obligaciones. Y como estas consistan principalmente en interponer su autoridad en los negocios del pupilo, hablaremos con alguna estension acerca de ella. En el §. 203. dijimos que *la tutela es la fuerza y potestad sobre una cabeza libre*, advirtiendo tambien, que *fuerza* es mas que potestad, y que los tutores ejercen la fuerza sobre los infantes, y la potestad sobre los mas adultos. La infancia dura por Derecho romano hasta los siete años de edad, *L. 14. ff. de sponsal.* El tiempo que media entre el séptimo año y la pubertad se divide en dos partes iguales, y el que está en la primera mitad se llama *próximo á la infancia*, y el que está en la última *próximo á la pubertad*. Así pues,

| | |
|--|-----|
| El varon es infante hasta el año | 7 |
| próximo á la infancia, hasta los | 10½ |
| próximo á la pubertad, hasta los | 14 |
| púber, cumplidos los | 14 |
| plenamente púber, cumplidos los | 18 |
| mayor de edad, cumplidos los | 25 |

La hembra es infante hasta el año 7

| | |
|---------------------------------------|-----------------|
| próxima á la infancia, hasta los. . . | 9 $\frac{1}{2}$ |
| próxima á la pubertad, hasta los. . . | 12 |
| púbera, cumplidos los. | 12 |
| plenamente púbera, cumplidos los | 14 |
| mayor de edad, cumplidos los. . . | 25 |

Estos términos ó graduaciones de la edad, debe tenerlos mui presentes y no confundirlos el legista. Y viniendo ya á la aplicacion, fácilmente se echa de ver que es mayor la potestad del tutor sobre el pupilo infante, que sobre el próximo á la infancia ó á la pubertad. Si el pupilo es infante, nada puede hacer por sí, sinó que todo lo hace en su nombre el tutor; por lo cual se dice que este *administra*, L. 1. §. 2. ff. de *administr. tutor*. Mas si el pupilo está próximo á la infancia ó á la pubertad, entónces puede hacerlo todo el pupilo, con tal que sea á presencia y con el consentimiento del tutor, de quien se dice que entónces interpone su *autoridad*, L. 9. ff. de *adquir. hered*. Esto se verá mas claramente con ejemplos. El pupilo infante no puede contraer, admitir herencia, ni pagar, sinó que el tutor hace todo esto en nombre del pupilo, y sin saberlo absolutamente este. Por el contrario, el pupilo mayor de siete años puede contraer, admitir herencia y pagar, con tal que esté presente el tutor, *y se haga con su autoridad*. Con efecto, *auctoritas* se dice de *augendo*, porqué el tutor aumenta y suple lo que falta en la persona del pupilo. Pero como el infante casi no es persona por falta de razon, obra el tutor en su nombre; al paso que el mayor de siete años, aunque en realidad es persona, es, digámoslo así, media persona por la debilidad de su juicio. Lo que falta pues á este, lo suple el tutor; y *aumenta* la persona de aquel, cuando está presente y presta su consentimiento; y por eso este consentimiento se

llama *autoridad*. Esta es la razon por qué en la *L. 32. §. 2. ff. de adquir possess.* se dice que *el juicio del pupilo es suplido por la autoridad del tutor*; aunque en este pasaje parece que se toma en sentido lato la palabra infante por toda clase de pupilos.

§. CCXLIX. De estos principios se deduce la definicion de la *autoridad*, que es *un acto legitimo por el cual el tutor aprueba solemnemente lo que hace el pupilo mayor de la infancia, y por lo que pudiera hacerse peor su condicion*. Espliquemos por partes esta definicion. Decimos, (1) que es *un acto legitimo*, porque aunque no podemos demostrarlo *á priori*, por no llamarse así en ningun pasaje del Derecho la autoridad del tutor, podemos hacerlo ver *á posteriori*. En efecto, todo cuanto en la *L. 77. ff. de R. J.* se dice de los actos legitimos, conviene á la autoridad de los tutores. Esta no admite procurador, ni admite condicion, ni tampoco dia; por el contrario, al interponerse la autoridad se requerían ciertas palabras solemnes, segun esplicamos en las *Ant. Rom. l. 21. §. 3.* Luego habiendo todos los requisitos de los actos legitimos, no hai inconveniente en que digamos que la autoridad del tutor es *un acto legitimo*. Decimos, (2) *por el cual aprueba el tutor lo que hace el pupilo que ha salido de la infancia*; porque si el pupilo es todavia infante, nada hace por sí, segun dijimos en los párrafos anteriores, sinó que entónces administra el tutor, y lo hace todo en nombre del pupilo; luego no interpone su autoridad. Decimos, (3) *por lo que pudiera hacerse peor su condicion*. Luego veremos que el pupilo puede sí hacer mejor su condicion aun sin la autoridad del tutor, mas no empeorarla. Por ejemplo, si alguien da alguna cosa al pupilo, esto es válido, aunque no esté presente el tutor, ni interponga su aprobacion; mas si el pupilo promete á otro alguna cosa, ninguna obli-

gacion nace de esta promesa, á no haber estado presente el tutor y haberlo autorizado. Decimos tambien, (4) *aprueba solemnemente*; pues hemos visto que la autoridad es un acto legítimo, y los actos legítimos se debían explicar solemnemente, segun queda dicho en el §. 70.

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

§. CCL. El primer axioma es: *la autoridad es un acto legítimo*. De él se sacan dos consecuencias: (1) que cuando el tutor interponía su autoridad, debía estar presente al mismo negocio, §. 3. *Inst. h. t.* Luego no era válido el negocio, si estando el tutor ausente consintiese por escrito, ó si una cosa hecha por el pupilo, la tuviese él despues por válida y la confirmase, *L. 9. §. 5. h. t.*, pues que los actos legítimos no admitían procurador, y por tanto se debían explicar en propia persona, *L. 77. de R. J.* Dos leyes parece que están en oposicion con esta doctrina. (1) En la *L. 9. §. ult. ff. h. t.* se dice: *que puede uno vender algo por escrito al pupilo ausente, con tal que este consienta con autoridad del tutor*. Pero esta lei no repugna á lo que dejamos dicho, pues cualquier ausente puede contraer con el pupilo; pero no debe estar ausente de este el tutor, y sí consentir delante y á presencia del pupilo. En pocas palabras; aquel con quien contrae el pupilo, puede estar ausente, pero el tutor, con cuya autoridad contrae el pupilo, debe estar presente. (2) Tambien pudiera objetarse la *L. 25. §. 4. ff. de adquir. vel amitt. hered.* donde se dice espresamente que *puede interponerse la au-*

toridad concluido ya el negocio (perfecto negotio), cuando nosotros hemos dicho que se debe interponer al instante en el mismo negocio, no concluido ya este. Pareció esto en tanta consideracion al célebre juriconsulto Jacobo Gothofredo, que en el *Coment. á la L. 29. ff. de R. J.* no duda enmendar el testo, y en lugar de *perfecto negotio* leer *profecto negotio* (adelantado ya el negocio). Pero no hai precision de un remedio tan violento. En efecto, la autoridad sin duda debe interponerse concluido el negocio, pero no mucho tiempo despues de concluido, sinó al instante que se concluye, v. gr. así que dice el pupilo : prometo ciento ; al instante despues de hecha esta promesa, debe añadir el tutor : interpongo mi autoridad (*auctor fio*). (II) Que el tutor debe interponer su autoridad puramente, no bajo condicion ; v. gr. no debe decir : consiento , si fuere útil á mi pupilo , sinó puramente : consiento. La razon ya la dimos arriba, y es que un acto legítimo no admite condicion, *L. 123. ff. de R. J.*

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

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

§. CCLIII. Se puede suscitar acerca de la admision de la herencia la gran duda de si exige tambien la autoridad del tutor. Pudiera parecer supérflua esta autoridad, porqué el que admite una herencia, suele mejorar su condicion, y en este caso no se necesita de la autoridad del tutor, segun nuestra regla sentada en el §. 251. Sin embargo, las leyes probiben espresamente que el pupilo admita la herencia sindicha autoridad. *L. 9. §. 3. ff. h. t. §. 1. Inst. h. t.* : por qué será? Generalmente se dice que lo han prohibido las

leyes, porqué la admision de la herencia se hace peligrosa á causa de las deudas ocultas; pero esta razon no basta si se atiende á que en el §. 2. *Inst. h. t.* se dice espresamente que el pupilo no puede admitir sin el tutor, *aunque la herencia sea lucrativa*. Luego otras deben ser las razones; y en efecto, hai dos que se deben tener presentes: (1) el que la adiccion de la herencia es un cuasi contrato, por el cual el que admite se obliga á los legatarios y fidei-comisarios á pagar lo que se les dejó en el testamento, *L. 8. pr. ff. de adquir. her.*; y ya dijimos (§. 251.) que el pupilo no se puede obligar sin la autoridad del tutor. (2) Que la admision de la herencia era un acto legítimo, *L. 77. ff. de R. J.* y los actos legítimos no podían, sin la autoridad del tutor esplicarse por el pupilo. *L. 19. ff. h. t.* Luego en la admision de la herencia se requería la autoridad del tutor, que es lo que nos habíamos propuesto demostrar.

§. CCLIV. CCLV. Del tercer axioma, *el tutor con su autoridad suple el juicio del pupilo*, se deduce: (1) que el tutor no puede interponer su autoridad en una cosa suya, §. 3. *Inst. h. t.*; esto es, no puede el tutor interponer su autoridad en ningun negocio que media entre él y el pupilo. La razon es esta: miéntras el tutor suple el juicio del pupilo, él y el pupilo constituyen, por decirlo así, una sola y misma persona: una persona no puede contraer consigo misma; luego ni tampoco el tutor con el pupilo, interponiendo aquel su autoridad. Síguese tambien, (2) que el tutor no puede comprar del pupilo, *L. 43. §. 7. ff. de Contr. Empt.* porqué de esta manera interpondría el tutor su autoridad en una cosa suya, lo cual ya dijimos que no puede hacer. Hai sin embargo una escepcion, y es, que puede el tutor comprar una cosa del pupilo, pujándola en pública almoneda, *L. 5. C. de Contr. Empt.*, y es la razon, el que allí no puede ser perjudicado el pupilo, por

no fijarse el precio por convencion, sinó por puja; de modo que siempre se adjudica la cosa al que mas ofrece. (3) Si se suscita un pleito entre el tutor y el pupilo, debe este tomar un especial curador *ad litem*; porqué el pupilo que contesta un pleito, cuasi-contrae; el que cuasi-contrae, se obliga; el pupilo no puede obligarse sin la autoridad del tutor; este no puede interponerla en una cosa suya; luego se debe nombrar otro que autorize, que es lo que se había de demostrar. Este se llamaba antiguamente *tutor pretoriano*, segun aparece de los *Frag.* de Ulpiano, *tit. 11. §. 24.*; pero Justiniano prefirió llamarle *curador ad litem* por no acostumbrarse dar tutor al que ya lo tiene.

§. CCLVI.....

TÍTULO XXII.

DE QUÉ MODOS SE ACABA LA TUTELA.

§. CCLVII. Hasta aquí llevamos esplicadas tres partes pertenecientes al tratado de tutela; pues hemos visto (a) qué cosa sea tutela, (b) de cuántas maneras, (c) y cuál el oficio del tutor. Sigue ya la cuarta parte, *acerca de los modos con que se acaba la tutela*. Este título es mui fácil, por estar fundados todos los modos en el siguiente axioma: *cesando la causa de la tutela, cesa la tutela*. La causa de la tutela es *la defensa de aquel que por su edad no puede defenderse á sí mismo*, como dijimos en la definicion de la tutela §. 203. Luego si no hai necesidad de defensa, ó no puede prestarla el tutor, debe acabarse la tutela.

§. CCLVIII. Segun este axioma es claro que *por la muerte se acaba la tutela*, ya se muera el tutor, ya el pupilo; porqué en el primer caso el tutor ya no puede defender al pupilo, y en el segundo tampoco

necesita el pupilo de la defensa de ninguno de este mundo; luego en ambos casos cesa la tutela. Infiérese tambien que la tutela no pasa á los herederos, porque es cargo público (§. 204.) y personal; y un cargo personal espira con la persona, y por consiguiente no pasa á los herederos. Luego si mi padre fuese tutor, ya nombrado por el testador, ya por el pretor, yo á su muerte no le sucedo en la tutela. Además hai otra razon, y es que los tutores son nombrados por el testador ó el pretor en virtud de la singular confianza que se tiene en sus personas; y así lo que se elige, es la fidelidad y la industria de la persona. Pero esta confianza no siempre se puede poner en los herederos, ni su fidelidad é industria es siempre la misma. Luego la tutela no pasa á los herederos. Se exceptúa no obstante la tutela legítima, la cual pasa á los herederos si son próximos agnados y aptos para desempeñarla. Supongamos que en la *Fig. 17 de la lámina II.* el primero, impúber, debe recibir tutor. Sus próximos agnados son el cuarto y el quinto, parientes suyos en tercer grado; por consiguiente se les hace tutores, y eso al mismo tiempo, por estar en igual grado (§. 221.). Supongamos ahora que el cuarto y el quinto mueren ántes de la pubertad del primero; en este caso serán tutores los herederos del quinto, que son el sexto y sétimo, con tal que sean mayores de edad, y aptos para la tutela. Por qué razon? Porque muertos el cuarto y quinto quedan próximos agnados; y así es como debe entenderse la *L. 26. §. 1. ff. de tut.* y la *L. 46. ff. famil. ercisc.*

§. CCLIX. Otro modo de acabarse la tutela es la capitis-diminucion; pues como se comparaba con la muerte, segun hemos visto arriba (§. 225.), *L. 209. ff. R. J.* los jurisconsultos atribuían á la capitis-diminucion el mismo efecto que produce la muerte, y

acabándose la tutela por muerte, creyeron que tambien acababa por capitis-diminucion. Pero debe notarse la diferencia que hai entre la capitis-diminucion del *pupilo* y la del *tutor*, pues capite-minuido el *pupilo*, se acaba la tutela, bien haya sufrido la capitis-diminucion máxima, bien la media, ó ya la mínima. Mas el *tutor* pierde sí la tutela por la capitis-diminucion máxima y la media, pero no por la mínima. §. 1, 3, 4. *Inst. h. t.* La razon es la siguiente: si el *pupilo* sufre la capitis-diminucion máxima, se hace *siervo*; si sufre la media, se hace *extranjero*; y si la mínima, se hace *hijo de familia* por *arrogacion*; y ni el *siervo* puede estar bajo tutela, por ser esta una potestad sobre una cabeza libre (§. 203.), ni el *extranjero*, porque la tutela es un derecho propio de los *ciudadanos romanos* (§. 207.), ni el *hijo de familia*, porque este está bajo la *patria potestad*, y al que tiene padre no se le da *tutor* (§. 207.). Mas el que el *tutor* que ha sufrido la capitis-diminucion máxima ó media, pierda la tutela, se funda en que ni el *siervo* ni el *extranjero* pueden ser *tutores*, como *incapaces de cargos públicos* (§. 205.). Empero la capitis-diminucion mínima no perjudica al *tutor*, porque puede serlo un *hijo de familia*, que en los *cargos públicos* es reputado por *padre de familia*, *L. 9. ff. de his qui sui vel alieni*. Es verdad que por *Derecho antiguo* había una *escepcion* en los *tutores legítimos*, quienes, sufriendo la capitis-diminucion mínima, eran tambien privados de la tutela, por ser el fundamento de esta el *derecho de agnacion*, el cual se perdía por cualquiera capitis-diminucion (§. 222.). Mas como en el *Derecho nuevo*: por la *Nov. 118. c. 145* se hacen tambien *tutores* los *cognados*, y no se pierde la *cognacion* por la capitis-diminucion mínima (§. 221.), se sigue que hoi cesa la *escepcion*, y queda universal la

regla de que *el tutor que sufre la mínima capitis-diminucion, no por eso pierde la tutela.*

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

las partes pudendas; pero todos los ejemplos que ponen pertenecen á cuestiones nupciales, v. gr. si se trataba de si un esposo era apto para el matrimonio, si podía juntarse con la hembra etc., en cuyos casos aun hoy manda el juez la inspeccion ó reconocimiento. Pero si la cuestion versaba sobre acabarse la tutela, no creo que jamas se haya hecho esta exploracion de las partes genitales; y así en mi concepto no entendi6 el emperador á los Proculeyanos. Como quiera que sea, hoy siempre se juzga de la pubertad por los años, y se reputan púberes los varones en siendo mayores de catorce, porqué ent6nces han cumplido dos años climatéricos, y las hembras en siéndolo de los doce, pues una de esta edad parece

Jam matura viro, jam plenis nubilis annis.

§. CCLXI. El cuarto modo es, el *dia llegado* ó la *condicion cumplida*. Pero este modo ya hemos dicho que solo pertenece á la tutela testamentaria, puesto que solo en testamento se puede nombrar tutor *in diem*, ó *sub conditione* (§. 213. 5); lo cual no sucede con el tutor nombrado por el pretor, como tambien se prob6 en el §. 245. Por consiguiente, si v. gr. el padre dijo en su testamento: sea Ticio tutor de mis hijos; durante cinco años, ó sea tutor si él no tuviere hijos; ent6nces pasados los cinco años, ó teniendo hijos el tutor; cesará la tutela, porqué ya llegó el dia, y se verific6 la condicion.

§. CCLXII. El quinto modo de acabarse la tutela son las *escusas*; y el sexto la *remocion del tutor sospechoso*, §. *ult. Inst. h. t.* Y aunque debiera ahora tratarse de estos modos, por cuanto son comunes á tutores y curadores, pudiendo unos y otros ya *escusarse*, ya *ser removidos como sospechosos*, deja el emperador el tratar de ellos para los últimos títulos de

este libro , y por eso nosotros no haremos variacion.

§. CCLXIII. Pasemos ahora á otra cuestion importante. Pregúntase : qué es lo que incumbe al tutor concluida la tutela? Resp. Dar cuentas , y restituir lo sobrante. Esto se deriva de la misma razon de la tutela. El tutor se da primariamente á la persona, secundariamente á la cosa (§. 207.): el que administra cosas ajenas , está obligado á dar cuentas; luego tambien el tutor. Mas por derecho romano no da estas cuentas hasta que se acaba la tutela , *L. 9. §. 4. ff. de tut. et rat. distrah.* , porqué la administracion de las cosas no cesa ántes. Pero que sucederá si el tutor se resiste á dar cuentas? Entónces hai lugar á la accion *tutelæ* , que no se ha de confundir con las acciones *de suspectis tutoribus* , y *de rationibus distrahendis* ; pues se diferencian en el tiempo en que se deben instituir, y en el fin á que se dirigen. La accion *de suspectis tutoribus* se instituye durante la tutela , si el tutor no obra con fidelidad; la accion *tutelæ* se entabla concluida la tutela, y no dadas aun las cuentas; la accion *de distrahendis rationibus* se instituye dadas ya las cuentas , pero dadas mal y fraudulentamente. El fin de la primera accion es que el tutor sea removido ; el de la segunda , que dé cuentas; y el de la tercera , que las cuentas dadas por él se distraigan, y que si ha ocultado algo , restituya el doble. Por lo demas acerca de la accion *tutelæ* se debe observar, (1) que es *directa* ó *contraria*. La *directa* se da al pupilo despues de la pubertad contra el tutor ó sus herederos, para que se den las cuentas , y se restituya lo sobrante; la *contraria* la instituye el tutor , despues de concluida la tutela, contra el pupilo, para que le haga indemne. v. gr. si el tutor ha hecho gastos en la hacienda del pupilo, si ha sufrido daño por la tutela sin culpa suya etc.

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

§. CCLXIV.....

TÍTULO XXIII.

DE LOS CURADORES.

§. CCLXV. Cuanto hasta aquí llevamos tratado pertenece á la tutela: ahora hablaremos de la curaduría. Los verbos latinos *curare* y *procurare* son sinónimos muchas vezes, lo mismo que lo son tambien los nombres *curator* y *procurator*. Ahora pues, *procurare* y *curare* es administrar negocios agenos, ó encargarse de cuidar de los bienes de otro, segun se ve en *Plaut. Epidic. Act. I. Scen. II. v. 27*:

Quod ad me attinuit, ego curavi: quod mandasti mihi.

Mostell. Act. I. Scen. I. v. 24:

Hæccine mandavit tibi, cum peregre hinc iit sen ex?
Hocine modo hic rem curatam offendet suam?

Y en otros varios pasajes. Por lo cual *Corn. van Bynkershoeck, Obs. 2, 20.* advirtió que los procuradores del César se llamaban tambien *curadores del César*. Véase igualmente la *L. 1. C. si tut. vet. cur. inter.*

§. CCLXVI. De esta significacion se deduce fácilmente la definicion del curador y de la curaduría. Por curaduría se entiende *la facultad de administrar*

los bienes y hacienda de aquellos que por sí no pueden manejarlos. Digo (1) facultad, no adquisitiva, cual es la del padre sobre los hijos, sinó la directiva, cual compete á todos los administradores de cosas ajenas. Digo (2) de administrar los bienes y hacienda, porque así como el tutor defiende la persona del pupilo; y por eso la tutela es la fuerza y potestad para defender á aquel que por su edad no puede defenderse á sí, L. 1. ff. de tut., del mismo modo la curaduría es la potestad de administrar las cosas ó bienes. Añado (3) de aquellos que por sí no pueden manejarlas. Luego los curadores se dan á aquellos, que aunque son personas plenas y perfectas, no pueden con todo por otro impedimento cuidar de sus cosas, como son los menores de edad, furiosos, pródigos, los que padecen enfermedad habitual, los ausentes etc.

§. CCLXVII. Por esta definicion se conoce cual es la diferencia que media entre un tutor y un curador. (1) El tutor se da primariamente á la persona, y secundariamente á las cosas, y el curador se da primariamente á las cosas, y secundariamente á la persona (§. 207.); porque un pupilo es como media persona, y por eso es preciso que se integre y supla por el tutor y su autoridad; pero un púber es una persona plena y perfecta, y así no hai necesidad de que se agregue el suplemento del tutor. Mas por cuanto un púber no siempre es padre de familia bueno y moderado, de aquí es que se le debe juntar un curador que cele sobre la administracion de los bienes, y procure primariamente que no sufran ningun daño, aunque secundariamente asista tambien á la persona. He aquí la primer diferencia, acerca de la cual se debe examinar las leyes alegadas, y así mismo repetirse lo que arriba dijimos (§. 207.). (2) El tutor interpone su autoridad, porque aumenta, por decirlo así, la perso-

na, y suple el defecto de la impubertad, *L. 32. §. 2. ff. de acqu. vel. amitt. possess.*, pero del curador, en razon de que nada falta á la persona de los púberes, no se dice que interpone su autoridad, sinó su *consentimiento*. Y así es que en las Pandectas el *tit. 8. lib. 26.* tiene por inscripcion: *de auctoritate et consensu tutorum et curatorum*; de suerte que la autoridad pertenece á los tutores, y el consentimiento á los curadores. (3) Al que tiene tutor no se le puede dar otro tutor, v. gr. si se suscita un pleito entre el tutor y el pupilo; pues entónces se nombra miéntras tanto un curador *ad litem*, porqué el tutor no puede interponer su autoridad en una cosa suya (§. 254). *L. 27. ff. de test. tut. L. 21. §. ult. ff. de excus. L. 38. §. 8. ff. administ. tut. L. 17. ff. de tut. L. 15. de tut. dat.*

§. CCLXVIII. Examinemos ahora de cuántos modos es la curaduría. Arriba dividimos la tutela en testamentaria, legítima y dativa (§. 208 y 209.); y de la curaduría hai tambien las mismas especies? Resp. De ninguna manera. Hai, es cierto, *curaduría legítima*, que se defiende á los próximos agnados ó cognados; y la hai *dativa*, que se encarga por el magistrado. Pero á la *testamentaria* no hai lugar absolutamente; porqué (1) la lei de las XII tablas había sí permitido á los padres *legar ó hacer testamento de su cosa* (§. 208.), *Ulpian. Fragm. tit. 11. §. 14.*; mas no acerca de la curaduría de su cosa. (2) Parecía un absurdo que el padre dispusiese de la curaduría para aquel tiempo en que el mismo hijo podría hacer testamento. Al modo, pues que la sustitucion pupilar cesa con la pubertad, porqué el padre no puede instituir heredero al hijo para un tiempo en que el mismo hijo puede testar y constituir heredero, *L. 14. ff. de vulg. et pupill. substit.* así tambien puede dar tutor hasta el tiempo de la pubertad, mas no curador despues de ella, porqué en-

tónces el hijo mismo hace testamento, por lo cual no puede llegar hasta este punto la provision paterna. Por consecuencia, la curaduría es *legítima* ó *dativa*. Legítima es la que compete por la lei á los próximos agnados y cognados; y es la de los *furiosos* ó *pródigos*: dativa, la que se defiere por el magistrado; y es la de los *menores* ó *impedidos por enfermedad*, ó *ausentes*, de lo cual hemos querido ocuparnos aquí, aunque debiéramos tratar de ello en el §. 273.

I. La primera especie de curaduría legítima es la *curaduría de los furiosos*; pues por la lei de las XII tablas se prevenía que fuesen curadores del furioso los próximos agnados y gentiles, Cic. *Quæst. Tusc. lib. 3. c. 11*. Quiénes sean los agnados, y quiénes los gentiles, no hai para que repetirlo aquí, pues todo esto se ha explicado arriba en el §. 220, donde espusimos que agnados eran todos los del mismo cognombre, y gentiles todos los del mismo nombre: por ejemplo; todos los Cicerones eran agnados de Ciceron; todos los Tulios eran gentiles suyos; aquellos eran de la misma familia que él, y estos del mismo tronco ó raza. Por consiguiente, al que se volvía loco, se le juntaba por curador el hermano; si no tenía hermano, el tio paterno; si tampoco había tio paterno, otros mas remotos, del modo que esplicamos arriba cuando hablamos de la tutela legítima (§. 220 y 221.), donde tambien hemos observado que hoi por la *Nov. 118. c. 4.* no hai diferencia entre agnados y cognados, y que por lo mismo, no solo aquellos son llamados á la tutela, sino tambien estos. Hai algunos que niegan que la tutela del furioso sea hoi legítima, fundándose en la *L. 6. y L. 13. ff. de curat. furios.* en que se dice que los magistrados dan curadores á los furiosos con conocimiento de causa. Si pues los nombran los magistrados, no serán tutores legítimos. Pero la respuesta

está en la misma *L. 13.*, donde se añade : que el pretor no debe escluir fácilmente á los parientes que sean hábiles. Luego con razon se llama tambien legitima por derecho nuevo esta curaduría, (1) porqué viene de la lei de las XII tablas, (2) porqué compete á los mismos á quien la lei concede la sucesion abintestato. Y el haber empezado por derecho nuevo el magistrado á dar con conocimiento de causa curadores á los furiosos, provino de que muchas vezes los próximos cognados, ambicionando los bienes de alguno, decían que estaba loco, y con este pretesto invadían sus bienes como curadores legitimos. De lo cual se ve un ejemplo mui gracioso en *Plaut. Menech.* *Act. V. Scen. II. v. 75 y sig.* en donde una mujer y su padre tienen á Sósicles por loco, siendo así que estaba mui sano, y lo mandan llevar al médico para que lo cure, cuando estaba mas cuerdo que el mismo médico. Pues para que no se jugase de esta suerte con la sencillez de otros, prometió el pretor admitir á los agnados á la curaduría de los furiosos, pero esto con conocimiento de causa, á saber; si le consta claramente que está loco aquel cuya curaduría apetecen. Por lo demas, notaré de paso que de aquí tuvo origen entre los latinos el elegante proverbio, *ad agnatos et gentiles remittendus*, de que usaban para significar que uno no estaba en su juicio.

§. CCLXIX. II. Sigue otra especie de curaduría legitima, á saber : la de los *pródigos*; los cuales estaban bajo la curaduría de los agnados y cognados lo mismo que los furiosos, porqué tambien se decía de ellos que hacían un uso irracional de sus cosas, *L. 12. §. 2. ff. de tut. dat.* Por lo cual debe repetirse aquí lo que dijimos en el §. 268. Esta curaduría viene tambien de las XII tablas, no porqué en estas se hiciese mencion de ella, sinó porqué los jurisconsultos la hacían de-

rivar por interpretacion estensiva ; pues creían que en razon de economía, ninguna diferencia mediaba entre un pródigo y un loco. Dándose , pues , curador á los furiosos , por malgastar sus cosas ; había motivos para darse tambien á los pródigos , porque *donde hai la misma razon , debe haber la misma disposicion de derecho*. Solo , pues , falta esplicar , quiénes son los pródigos? Resp. que se debe distinguir entre pródigos en sentido jurídico , y pródigos en sentido moral. Se llaman *moralmente pródigos* todos aquellos que en sus gastos no tienen moderacion ni término , y consumen así sus bienes. Pero nosotros no tomamos en este sentido la palabra pródigo ; porque si hubiesen de tomar curadores todos los pródigos de este género , era mui de temer que hubiese una infinidad de hombres á quienes se pudiesen poner curadores. Pero *juridicamente pródigos* se llaman aquellos á quienes el pretor prohibió la administracion ó manejo de sus bienes ; pues cuando el pretor con conocimiento de causa hallaba que alguno era pródigo , daba un decreto , cuya elegantísima forma nos conservó Paulo *Recept. Sent. lib. 3. tit. 14. §. 7.* Pues que con tu malversacion dilapidas los bienes de tus padres y abuelos , y reduces á la indigencia tus hijos , te prohibo su administracion y manejo : *Quando tu bona paterna avitaque nequitia tua disperdis , liberosque tuos ad egestatem perducis , ob eam rem tibi ea re commercioque interdico*. Hecho esto , al instante quedaba el pródigo bajo la curaduría de los agnados y gentiles.

§. CCLXX. CCLXXI. De las especies de *curaduría dativa* , la primera es la *curaduría de menores*. ¿Pues acaso la lei de las XII tablas había mandado que á estos se les diesen curadores? De ninguna manera ; y esto por dos razones. (1) Porqué en el tiempo en que se formaron las XII tablas , era severa y recta la dis-

ciplina de los romanos, y tan honrados y morigerados los jóvenes, que no necesitaban de curadores; lo cual empezó á ser de otra manera en tiempos posteriores, cuando se hubo introducido el lujo. (2) Porqué en razon de que solo los locos y pródigos recibían curadores, la curaduría parecía en cierto modo ignominiosa; y por eso no querían los antiguos legisladores ofender la delicadeza y pundonorosa honradez de los jóvenes, poniéndolos en el mismo lugar y número que los pródigos y locos. De esta ignominia que acabamos de decir era inherente á la curaduría, se hallan señales en la *L. 2. ff. si à par. quis manum.* donde se dice ser *cosa inicua, que los hombres de bien no tengan la libre administracion de sus cosas.* Pero andando el tiempo se creyó necesario al bien de la república, el que se atendiese al socorro de los menores, en consideracion á que por su poca edad podían fácilmente engañarse y ser engañados. Por esta razon se promulgo la lei *Lætoria*, anterior á los tiempos de Plauto, que en su comedia intitulada *Pseudolus* ó el embustero, *Act. I. scen. III. v. 68*, la llama *quinavicennaria*, esto es, que exigía veinte y cinco años para poder manejar los bienes. Por esta lei (1) se fijaron los años de la mayor edad, de suerte que se tuviesen por mayores á los que pasasen de veinte y cinco *L. 2. C. Theod. de Donat.* (2) Se introdujo el beneficio de la restitucion *in integrum* á favor de los menores perjudicados por contrato ó cualquier otro negocio. *Plaut. Rud. act. V. sc. 3. v. 25.* Prisciano *lib. VIII. p. 794* y *lib. XVIII. p. 1164.* (3) Tambien se estableció que á los menores de veinte y cinco años, que quisiesen (pues el hacerles tomar curador contra su voluntad, se tenía por ignominioso), se les diesen curadores con conocimiento de causa. Sin embargo, aun así no parecía haber mirado bastante por los menores; porqué (a) no á

todos se daba curador, sinó á los que le pedían; (b) no se daba curador sinó con conocimiento de causa. Por estas razones estableció el emperador Marco Antonino (1) que todos los menores recibiesen curadores, (2) y que esto fuese además sin conocimiento de causas. Véase á *Jul. Capitol.* en la *vida de M. Antonino*, c. 10. cuyo pasaje interpretamos en nuestros *Elementos* en el escolio de este párrafo. Desde aquel tiempo, pues, todos los menores de edad recibieron tutores.

§. CCLXXII. Mas aquí se ofrece una duda no pequeña, porqué según la constitucion del emperador Marco Antonino todos reciben curadores, y sin embargo Justiniano §. 2. *Inst. h. t.* dice espresamente que no lo reciben los que no lo quieren, sinó los que lo piden; lo cual tambien se halla en la *L. 13. §. 2. ff. de tut. et cur. dat. L. 2. §. pen. et ult. ff. qui pet. tut. et cur.?* A esto respondo, que ambas cosas son compatibles. En efecto, no se da curadores sinó á los menores que lo piden y desean; pero M. Antonino inventa un buen medio para obligar á los jóvenes á que lo pidan; porqué ni reciben la administracion de sus bienes; ni la tutela se considera acabada hasta tanto que pidan curadores. *L. 1. §. ult. ff. de minor. L. 33. §. 1. L. 28. §. 1. L. 31 ff. de admin. tut.* Si, pues, los jóvenes quieren librarse (lo cual sin duda quieren todos), deben pedir curadores. De esta manera se da curador á los que lo piden, y sin embargo se les da á todos. Esto se debe tener muy presente, porqué Revardo, *lib. 1. var. c. 12.*, Tomasio *in annot. ad. Inst.* y otros reprenden ásperamente á Triboniano, por haber escrito que los jóvenes no reciben curadores contra su voluntad; ¡ como si fuera probable que Triboniano ignorase en tanto grado el Derecho de su tiempo, que no supiese si se daban ó no curadores á todos los menores! ¡ Qué! ¿ lo que hoy no ignora el mas es-

túpido de los curiales, diremos que era desconocido á Triboniano?

§. CCLXXIII. CCLXXIV. El §. 263 ya queda explicado arriba con el §. 268. Resta solamente examinar, (1) quién nombra los curadores? (2) cómo acaba la curaduría? (3) qué acción se da contra los curadores acabada la curaduría? (4) qué cosa sea actor, y en qué se diferencia del curador?

I. Todos los que nombran tutores, nombran también curadores. Así, pues, en la ciudad nombraban curadores el pretor con la mayor parte de los tribunos de la plebe, y en las provincias los presidentes. Después también otros magistrados recibieron por lei especial esta facultad, como dijimos en el §. 242. También es claro que todos los que pueden ser tutores, pueden también ser nombrados curadores, por lo cual lo pueden ser los hijos de familia, con tal que sean mayores de edad. Pero el que es tutor, ¿podrá ser obligado á tomar también la curaduría? En el §. 18º *Inst. de excus. tut.* se dice que no puede, y la razón es porque no parece razonable gravar á un amigo con dos cargas, cuando la remuneración no es correspondiente.

§. CCLXXV. II. A la cuestión de *cómo se acaba la curaduría?* se responde fácilmente. (1) Por parte de aquel á quien se da curador, se acaba la curaduría todas las veces que cesa la causa por qué se da. Así, por ejemplo, cesando la prodigalidad, la enfermedad, la minoridad, cesa la curaduría de los pródigos, enfermos, menores, pues *cesando la causa, cesa el efecto.* (2) Por parte del curador se acaba la curaduría (a) por excusa, v. gr. si el curador prueba que por estar ausente de la república no puede atender á la curaduría; (b) por remoción, á saber, si el curador no desempeña con fidelidad la curaduría, y es removido

por esto como sospechoso. Pero de esto hablaremos en el penúltimo y último título.

§. CCLXXVI. III. Igualmente fácil es la cuestión : *qué acción compete contra el curador acabada ya la curaduría?* Resp. La *acción de tutela* que esplicamos arriba §. 263, pero no la directa, sino la *útil*. Así pues, del mismo modo que acabada la tutela pone el pupilo su acción contra el tutor, para que dé cuentas y restituya lo sobrante, y por el contrario el tutor contra el pupilo para que le resarza los daños, *L. 1. pr. seq. ff. de tut. et rat. distrah.* : así también, concluida la curaduría interpone el menor acción contra el curador, para que dé cuentas y devuelva lo restante; y por el contrario, el curador contra el menor, cuyas cosas administró, para obtener indemnidad. *L. 3. C. de arbitr. tut.* Esto es fácil de entender. Lo único que todavía merece nuestro exámen es la razón, por qué esta acción se llama *útil*, cuando la otra que compete entre el tutor y el pupilo se llama *directa*? Una vez por todas explicaremos esto, pues ocurrirá con frecuencia en adelante. Todas las acciones que se derivan de las *mismas palabras* de la lei, se llaman *directas*; las inventadas por los jurisconsultos por medio de la interpretación, por cuanto no se derivan de las palabras, sino de la *razón de la lei*, se llaman *útiles*; y finalmente, las que introduce el pretor sin atender á las palabras de la lei, llevan el nombre de *acciones in factum*. De esto hai un elegante ejemplo en el §. *ult. Inst. de L. Aquil.* donde se explica la acción de la lei *Aquila directa*, *útil é in factum*. Así que, como las leyes de la XII tablas hicieron mencion de la *acción de tutela*, sin que añadiesen ni una palabra acerca de los curadores, creyeron los jurisconsultos que esta acción de tutela se podía también acomodar á los curadores, porque *donde hai la misma razón, debe haber*

la misma disposicion de derecho; y por eso á esta accion la llamaron *accion útil de tutela*.

§. CCLXXVII. IV. Resta hablar de la cuestion *que cosa sea actor?* Actor significa algunas vezes aquel que entabla una accion en juicio; pero aquí se toma esta palabra en un sentido mui distinto. Aquí *actor* quiere decir *mandatario del tutor ó curador*: porqué al modo que el que en juicio ó fuera de él no puede administrar sus cosas, da sus vezes á un *procurador*; así el tutor ó el curador las da á un *actor*, §. *ult. Inst. h. t.* Pudiera esto parecer una sutileza de palabras, porqué qué importa que usemos del nombre de procurador ó de actor. Resp. Hai grandísima diferencia. (1) El procurador, como adelante veremos, se hacía parte; luego solo podía ser constituido por el dueño, *L. 1. ff. de procons.*; es así que el tutor y curador no son dueños, sinó administradores; por consiguiente no podían constituir procurador, sinó actor. Debe pues tenerse presente la diferencia de los vocablos, el dueño nombra *procurador*; una universidad, *síndico*; y el tutor ó curador, *actor*. (2) El procurador legitima su persona simplemente *con un mandato del dueño*; pero el actor *necesita de dos legitimaciones*. En primer lugar presenta el *mandato actorio* dado por el tutor ó curador; y despues el *tutorio*, es decir, el instrumento por el cual el tutor ó curador ha sido nombrado por el magistrado.

§. CCLXXVIII.....

TÍTULO XXIV.

DE LAS FIANZAS DE LOS TUTORES Ó CURADORES.

§. CCLXXIX. Pasamos ahora á tratar de ciertas cosas que dijimos ser comunes á tutores y curadores cuales son: la *dacion de fianzas*, de que se hablará en

este título, la *escusacion*, materia del siguiente; y el *delito de sospechoso*, objeto del último. En este explicaremos, (1) qué cosa sean fianzas? §. 279. (2) por qué las dan los tutores? §. 280. (3) quiénes las dan? §. 281 hasta el 283. (4) cuáles sean los efectos de estas fianzas? §. 284 y 285.

Afianzar á veces se toma en sentido general, á veces en sentido especial, y otras en sentido especialísimo ó estrictísimo. *En general* se llama fianza toda caucion ya se dé con fiadores, ya con prendas, ya con juramento, ó bien con simple promesa, v. gr. en la *L. 61. ff. de V. S. L. 49. ff. de solut.* Mas especialmente se entiende por este vocablo la caucion dada con fiadores y prendas, cuyas cauciones se llaman tambien *idonéas* otras veces, *L. 59. ff. ult. §. mand.* Y en el sentido *especialísimo*, fianza es la caucion que se da por medio de fiadores, *L. 1. ff. qui satisd. coguntur.* Aquí se toma en este último sentido la palabra fianza, de suerte que los tutores y curadores no pueden prestar ninguna otra clase de caucion mas que la *fideyusoria*, y esto por dos razones. (1) Porque esta caucion es pretoria, y se manda que la exija el pretor; y las cauciones pretorias siempre se deben prestar con fiadores, segun la *L. 7. ff. de præt. stip.* que se debe tener muy presente. (2) No puede saberse en cuánto se haya de interesar el pupilo, es decir. cuánto daño le haya de causar el tutor. Así que, si se dan prendas estimadas en mil florines, y despues el tutor causa daños en valor de diez mil, poco se habrá mirado por la seguridad del pupilo con esta caucion pignoratícia. Por esto se necesitan fiadores que aseguren para todo evento, y prometan que *los intereses del pupilo quedarán sin menoscabo.*

§. CCLXXX. De aquí se puede inferir por qué causa se ha inventado esta fianza. (1) El tutor, aunque

se dé primariamente á la persona, administra sin embargo tambien los bienes del pupilo; mas el curador se da primariamente á las cosas. Ahora pues, segun una regla general de derecho, los que administran cosas ajenas deben dar cuentas y afianzar; y así es que los administradores y procuradores del fisco, los arrendatarios, y aun los usufructuarios tienen obligacion de afianzar, porqué usan de cosas ajenas. Luego tambien los tutores y curadores deben prestar fianzas. (2) A esto se agrega el favor especial concedido á los pupilos; pues importa al bien de la república que los pupilos destituidos de todo auxilio, tengan asegurados sus intereses por la vigilancia de los magistrados; y esto no podría conseguirse si no se mandase á los tutores y curadores dar fianzas.

§. CCLXXXI. CCLXXXII. No obstante, como no á todos los tutores ó curadores se obliga indistintamente á dar fianzas, se trata aquí la tercera cuestion, á saber: *á quiénes incumbe ó no incumbe el darlas?* Para resolverla sentaremos, segun nuestra costumbre, un axioma general, y de él sacaremos despues conclusiones particulares. El axioma general es: *están obligados á dar fianzas todos aquellos tutores ó curadores en quienes cae alguna sospecha.* Esto se infiere del mismo fin de estas fianzas, del cual hablamos en el §. 280. Se afianza para que las cosas del pupilo queden intactas. Si pues no aparece ningun peligro de que el tutor ó curador usurpe los bienes del pupilo, cesando la causa justo es que cese tambien el efecto, es decir, la presentacion de fianzas. Por este axioma venimos en conocimiento (1) de quién no afianza, y (2) de quién está obligado á afianzar.

I. No están obligados á afianzar (1) los tutores testamentarios. Por qué? Porque parece que el padre habrá examinado cuidadosamente las costumbres y

fidelidad del que nombra por tutor de sus hijos, y conocido bien su honradez y aptitud, *L. 7. §. 5. C. de cur. furios.* No recayendo pues, sobre ellos sospecha alguna, segun nuestro axioma, es justo que se les exima de la carga de dar fianzas. (2) Los nombrados por magistrados mayores, como pretores, cónsules, presidentes de las provincias. La razon es, porqué estos magistrados mayores no pueden nombrar tutor, sinó previa inquisicion. Si, pues, inquirieron ó averiguaron con cuidado sus costumbres, es claro que se halló que eran diligentes, y dignos de confianza, *L. 13. §. ult. ff. de tut. dat.* Si se halló que son tales, ninguna sospecha recae sobre ellos. Luego segun nuestro axioma no hai en este caso necesidad de caucion.

II. Por el contrario, se conoce tambien fácilmente quiénes están obligados á afianzar, á saber: (1) todos los legítimos, *L. 5. §. 1. ff. de leg. tut.* Estos, ni son elegidos por el testador, ni por el magistrado, sinó, que son llamados inmediatamente por la lei; no porqué sean mas diligentes que los demas, sinó porqué son los mas allegados. Luego recae sobre ellos sospecha; y tanto mas, quanto son próximos herederos, y es fácil que prefieran tener la herencia á esperarla (§. 218 y sig.). Por consiguiente, segun nuestro axioma, deben afianzar. (2) Los nombrados por magistrados menores, porqué no nombran tutores con inquisicion. Y puesto que de esta manera no está averiguada la fidelidad de los tutores y curadores nombrados, recae sospecha sobre ellos, y por lo mismo están obligados á afianzar. (3) Tambien lo están los testamentarios legítimos y dativos que se ofrecen á la administracion, §. 1. *Inst. h. t.*, porqué se presume que no se ofrecerían si no desearan lucrarse: en los que desean lucrarse de los bienes del pupilo, recae sospecha; luego tienen que dar fianzas. He aquí toda

la doctrina, y su conexión con el principio arriba establecido. Pero aquí ocurre una duda : si hai muchos tutores, ó nombrados por testamento, ó legítimos de un mismo grado (pues todos estos dijimos arriba (§. 220. 3.) que llama la lei al mismo tiempo), *se ha de permitir á todos la administracion, ó á uno solo de ellos, y en este caso, quién debe ser el preferido?* Fundadamente creyeron los jurisconsultos que no conviene al pupilo el que á un mismo tiempo administren muchos tutores ; porqué las mas de las vezes una administracion dividida entre muchos, produce negligencia y confusion, *L. 3. §. 6. ff. de admin. tut.* Por eso se distingue si la tutela es corta, ó si es difusa y está esparcida por diversas partes : *si es difusa y está esparcida por diversas partes*, entónces puede dividirse la administracion, de suerte que uno cuide de los intereses que hai, v. gr. en Holanda, otro de los que hai, por ejemplo, en Frisia, otro dé á réditos el dinero del pupilo etc. Mas si la tutela es *corta*, y nada mas que medianas las facultades del pupilo, en tal caso la administracion se confía á uno solo de los muchos tutores nombrados, *L. 3. §. 2. ff. eod.* Pero á quién se confiará con preferencia? Antes que todos, á aquel que se ofrece, porqué entónces este queda obligado á prestar la culpa levísima, *L. 53. §. 3. ff. de furt.* : de lo cual daremos adelante la razon en el §. 788. Si nadie se ofrece, es preferido aquel á quien ha designado el testador, por indicar esto que ha formado un juicio mui favorable de su fidelidad y diligencia. Si tampoco hai ninguno designado por el testador, pertenecerá la administracion á aquel á quien la confiera la mayor parte de los tutores, porqué siendo igual el derecho de todos ellos, nada parece mas justo que el que sea preferido á los demas el elegido por mayoría de votos. Finalmente, si tampoco eligen los cotutores,

al pretor toca interponer su oficio, y designar uno solo, el que juzgue mas apto; porqué en esta materia mucho se deja al oficio y arbitrio del magistrado, tanto que no siempre está obligado á seguir la voluntad del testador, ni á preferir necesariamente á los demas al que se ofreció espontáneamente, si median las causas que alega Ulpiano en *d. L. §. 3. de amin. tut.* y en la *L. 18. §. 12. ff. de test. tutor.* Pero cualquiera que sea el que entre muchos tutores recibe solo la administracion, está, como dijimos, obligado á dar á los demas fianzas de que los intereses del pupilo se conservarán intactos; y esto, bien sea el tutor testamentario, bien legítimo, ó dativo. Pudiera alguno objetar que nadie, segun nuestro Derecho, puede estipular para otro que para sí, §. 4. *inst. de inut. stipul.*, y aquí los cotutores estipulan del que toma la administracion, que el pupilo no recibirá daño en sus bienes, y por lo mismo no estipulan para sí, sinó para otro, que es el pupilo; luego será inútil esta estipulacion? Se responde que aquella regla es cierta, pero con esta escepcion; *á no ser que importe al estipulante*, §. 18. *Inst. eod.* (Véase adelante §. 833. 6. §. 866. 10.) Es así que en este caso importa muchísimo á los cotutores el que los intereses del pupilo no reciban menoscabo, porqué si lo reciben, ellos son responsables, y se da contra ellos la accion de tutela para que resarzan al pupilo todo el daño (§. 263.); luego etc.

§. CCLXXXIII. Pero *de qué modo* afianzan los tutores? Resp. Afianzar es dar caucion por medio de fiadores; luego se deben presentar fiadores. Ademas, la fianza es una especie de estipulacion, pues si uno se obliga por otro por medio de un pacto nudo, esto no será *haber afianzado*, sinó *haber prometido* (*constituisse*) (§. 873.). Siendo, pues, la fianza una especie

de estipulación, uno debía necesariamente preguntar: prometes á fe tuya que no sufrirán menoscabo los intereses del pupilo? *Tunc fide tua promittis rem pupillo salvam fore?* y el otro responder congruientemente: á fe mia lo prometo: *fide mea promitto* (§. 829.). Sobre quién había de responder congruientemente, no cabe ninguna duda: debía ser el fiador. La dificultad estaba en saber quién había de preguntar. Si podía hablar el pupilo, es decir, si era mayor de siete años, él mismo podía preguntar, porqué bien podía sin la autoridad del tutor hacer mejor su condicion (§. 251.). Pero y si no podía hablar? si aun era infante? Parece que entónces ni el tutor podía preguntar, porqué ántes de presentar fianzas aun no era tutor, ni el magistrado, ni los agnados, pues nadie podía estipular para otro, §. 4. *Inst. de inutil. stipul.* Cómo, pues, se componía esto? Decían los antiguos: (1) que en lugar del pupilo debía preguntar un siervo, porqué el siervo con su estipulación adquiere para su señor, y su estipulación no vale sinó por la persona del señor (§. 848.). (2) Que si no tenía siervo, se le comprase. (3) Que si tampoco esto podía hacerse, entónces debía preguntar un siervo público, *L. 2. ff. rem. pup. salv. fore.* Porqué es de saber que había siervos públicos de varios géneros: unos eran ministros, que estaban siempre al lado del magistrado (*apparitores*), otros lictores, otros *viatores*, es decir, mensajeros para convocar ó llevar órdenes, otros *tabeliones* ó escribanos. A estos últimos incumbía principalmente el preguntar en lugar de los pupilos, segun esplicó perfectamente el erudito jurisconsulto Amaya, *Comment. ad C. lib. 16. tit. 69. L. 3.* Pero cómo es, se dirá, que un siervo público podía estipular que los intereses del pupilo no serían perjudicados? Porqué á la verdad el siervo en este caso estipulaba para otro contra la regla del §. 4.

Inst. de inutil. stipul. A esto respondo, que un siervo público era siervo de toda la ciudad ó república, y por consiguiente tambien del pupilo, como ciudadano de esta república. Luego no solo podía adquirir para toda la ciudad con su estipulacion, sinó tambien para cada uno de los ciudadanos, si espresamente estipulaba para él, segun esplicó Jac. Godofredo, *Comment. ad R. J. p. 332.* Véase la *L. 3. ff. de præt. stip.* y la *L. 1. §. 4. ff. ut legat.*

§. CCLXXXIV. CCLXXXV. Falta que ahora hablemos tambien del efecto de las fianzas que presentan los tutores. Este efecto consiste en que el pupilo, concluida la tutela, tiene tres acciones para conseguir las cosas suyas que le faltan. Porqué (1) instituye la *accion de tutela* contra los tutores, para que den cuentas y restituyan lo restante, de cuya accion hablamos arriba (§. 263.). (2) Si con esta accion no recupera de los tutores su cosa, tiene la accion *ex stipulatu* contra los fiadores, para que resarzan el daño causado por los tutores; y lo mismo da que los tutores sean insolventes, ó estén huidos, ó que por estar ausentes no puedan ser demandados. De esta accion trata todo el *tit. ff. de fidejuss. et nominat.* (3) Si tampoco los fiadores son idóneos, y el pupilo no puede recobrar de ellos su cosa, entónces recae la culpa sobre el magistrado que admitió estos fiadores poco idóneos, y se da contra él la accion *subsidiaria*, de que habla el *tit. ff. de magistr. convent.* Esta accion, pues, se da al pupilo, que concluida la tutela no puede recobrar su cosa ni del tutor ni de los fiadores (porqué debe haber demandado á todos estos, ántes de entablar esta accion contra el magistrado). Se da no solo contra las personas (pero no contra el colegio ó corporacion) que nombraron tutor sin fiadores abonados, sinó tambien si ha mediado culpa lata, contra sus herederos (no

contra los sucesores singulares), para que sean resarcidos todos los daños causados. Pero esta acción se usa raras veces, y no se debe esperar de ella mucha utilidad: porque (1) siempre milita en favor del magistrado la presunción de diligencia, hasta que se pruebe lo contrario, y esta prueba por lo común es bastante difícil. (2) El magistrado queda libre, si hace ver que en el tiempo en que se han obligado los fiadores, eran idóneos, y que después perdieron sus bienes, como sucede por lo regular, *L. 1. §. 13. ff. de mag. convent.* (3) Generalmente, según reglas de jurisprudencia universal, es peligroso litigar con magistrados, y sobre esta materia hai una elegante disertación de Tomasio, *de exiguo usu doctrinæ Inst. de actione adversus judicem, qui litem suam ferit.*

§. CCLXXXVI.....

TÍTULO XXV.

DE LAS ESCUSAS DE LOS TUTORES Y CURADORES.

§. CCLXXXVII. CCLXXXVIII. Además de las fianzas, también las escusas son comunes á tutores y curadores; por lo cual se trata de estas en el presente título. Tres son los puntos principales: (1) por qué se concede á los tutores y curadores el que se escusen? (2) Cuál es el significado *jurídico* de *escusar*? (3) Cuántas especies hai de escusas?

I. A los tutores y curadores se les conceden algunas escusas, porque la tutela y curaduría son cargas públicas (§. 204.); y aunque todos estaban obligados á sufrir las cargas públicas personales, sin embargo algunos había que estaban *exentos*, v. gr. los *militares*; otros tenían *vacacion*, como los viejos, veteranos, legados; otros *se escusaban* si les asistía una justa causa, por ejemplo, el número de hijos. Por eso en el

libro primero de las Pandectas, donde se trata espresamente la materia de cargas públicas, aparecen los títulos *de immunitate, de vacatione et excusatione munerum*. Así pues, al modo que de las demas cargas públicas escusaban justas causas, así tambien parecía conforme á equidad que las mismas escusasen de la tutela.

II. Obsérvese que la palabra *excusar* significa una cosa para los gramáticos, y otra para los jurisconsultos. Entre gramáticos *excusar* se dice por la causa, y por eso significa tanto como *alegar una causa por la cual no está uno obligado á sufrir una carga*. Mas para los jurisconsultos, *excusar* es *eximir ó no admitir á alguno por una causa grave*. Así, por ejemplo, en la *L. 1. §. 3. ff. de postul.* dice Ulpiano: *initium autem fecit prætor ab his, qui in totum prohibentur postulare; in quo edicto aut pueritiam aut casum excusavit*: donde seguramente *excusar* es lo mismo que prohibir, pues el pretor no admitiría á niños ni á sordos, aunque quisiesen acusar, y sin embargo dice que los excusa. En el mismo sentido se dice en la *L. 2. ff. de decurion.* que los muchachos *están por cierto tiempo excusados*, es decir, impedidos *de ser decuriones*; y aunque aquí piensa ingeniosamente Cujacio, *Observ. lib. XXVI. 38*, que se debe leer *excuriantur*, no hai necesidad de enmendar este testo, que presenta un sentido bastante íntegro. Luego entre los jurisconsultos *excusar* significa *alegar causas, y prohibir*: significación tan singular, que Teófilo y los demas jurisconsultos griegos, viendo que en su idioma no había ninguna palabra que significase esto, se determinaron á conservar la latina, y fingieron una palabra griega que espresase la misma idea. Sobre este punto ha hecho algunas observaciones importantes Bynkershoeck. *Observ. IV. 20.*

III. Ahora ya podemos fácilmente conocer de *cuántas especies* son las escusas de los tutores y curadores. Divídense (1) en *voluntarias*, que si se oponen, aprovechan; v. gr. el número de hijos; pues si se alega esta causa, escusa; si no se alega, también está obligado á tomar la tutela el padre que tenga muchos hijos. (2) *Necesarias*, que aun cuando no se opongan ó aleguen, impiden tomar la tutela; v. gr. un pleito con el pupilo; pues si consta que media esta circunstancia, el pretor no admitirá por tutor al que la tenga, aun cuando este quiera recibir la tutela. De las escusas voluntarias se trata desde el §. 289 hasta el 294; de las necesarias en el §. 295, y de la alegacion de unas y otras desde el §. 296 hasta el fin del título.

§. CCLXXXIX. Las causas voluntarias de escusar son de tres clases; pues ó se admiten (1) por privilegio, §. 289 hasta el 292, ó (2) por impotencia, §. 293, ó (3) por peligro de la reputacion, §. 294.

I. Por privilegio se escusan (1) los padres de muchos hijos. En Roma escusaban tres, en Italia cuatro, en las provincias cinco, con tal que fuesen naturales, no adoptivos; legítimos, no espúrios; nacidos, no por nacer; vivos ó muertos en la guerra, no fallecidos. Todo esto se dice en el *pr. Inst. h. t.* Pero de dónde viene este privilegio? Harprecht, que ilustró las instituciones con un comentario de cuatro tomos, al *pr. Inst. h. t.* dice que esta cuestion es del número de aquellas que no pueden resolverse. Lindamente sin duda! De dónde viene este privilegio es de la *lei Julia y Papia-Popea*, dada el año 772 de la fundacion de Roma, en tiempo de Augusto, por los cónsules sustituidos (*suffecti*) M. Papio Mutilo y Q. Popeo Segundo. Dion. Cas. lib. 16. p. 662. Porqué se ha de observar que los romanos no se ligaban fácilmente, como las demas naciones, al matrimonio; ántes lo

repugnaban muchísimo, lo mismo que la procreacion de hijos. Y eran tres las causas principales; (a) el deseo de la vida disipada y licenciosa; (b) el lujo de las mujeres romanas, á las cuales apénas podían los maridos sostener con bastante esplendidez; y (c) el honor de la orfandad; pues á los que no tenían mujeres ni hijos, todos los reverenciaban, honraban y regalaban, porqué cada uno de ellos esperaba ser su heredero. Sobre este punto hai un elegante y estenso pasaje de Plauto, en el *Milit. glor. act. III. scen. I. v. 92 y sig.*, donde el viejo Periplectómenes, preguntado por qué no se casaba, responde:

*Verum egone eam ducam domum?
 Quæ mihi numquam hoc dicat: eme, mi vir, lanam,
 unde tibi pallium,
 Malacum et calidum conficiatur, tunicæque hybernæ,
 bonæ,
 Ne algeas hac hyeme? Hoc numquam verbum ex uxore
 audias,
 Verum priusquam galli cantent, quæ me somno suscitet,
 Dicat: da mihi, vir, calendis meam quod matrem iu-
 verit,
 Da qui farciat, da qui condiat, da quod dem quin-
 quatribus,
 Præcantatrici, conjectrici, hariolæ, atque aruspicæ,
 Flagitium est, si nihil mittetur, quo supercilio spicit.
 Tum patricem clementer, non potest, quin munerem.
 Jam pridem quia nihil abstulerit, succenset geraria.
 Tum obstretrix expostulavit mecum, parum missum
 sibi.
 Quid nutrici non missurus quidquam, quæ vernas alit?
 Hæc atque hujus similia alia damna multa mulierum
 Me uxore prohibent, mihi quæ hujus similes sermo-
 nes serat.*

Aquí se ve el desmedido lujo que dice Periplectó-

menes le arredraba de casarse, por no verse precisado á sostener en casa una reina de esta especie. Pero poco despues, v. 111, añade tambien otra causa:

Quando habeo multos cognatos, quid opus sit mihi liberis?

Nunc bene vivo et fortunate, atque ut volo, atque animo ut lubet.

Mea bona morte cognatis dicam, inter eos partiam; Illi apud me edunt, me curant, visunt, quid agam, ecquid velim,

Priusquam lucet, assunt: rogitant, noctu ut somnum ceperim:

Eos pro liberis habeo, quin mihi mittunt munera, Sacrificant? Dant inde partem mihi majorem quam sibi.

Adducunt ad exta, me ad se ad prandium, ad cœnam vocant,

Ille miserrimum se retur, minimum qui misit mihi.

Illi inter se certant donis: ego hæc mecum mussito:

Bona mea inhiant, certatim dona mittunt et munera.

Por esto se ve con cuánto esmero honraban y lisonjeaban los capta-herencias (*hæredipetæ*) á los huérfanos y celibatos: lo cual arredraba á muchos de casarse. Advirtiéndolo, pues, Augusto que el número de los ciudadanos iba disminuyendo de dia en dia por esta propension al celibato, promulgó aquella lei por la que contuvo con varias penas la orfandad y el celibato, mandando, por ejemplo, que los célibes no pudiesen adquirir nada por testamento, y los huérfanos solamente la mitad; y concedió á los cónyuges y á los padres varios privilegios, de los cuales fué uno que los que tuvieren tres hijos en Roma, cuatro en Italia, y cinco en las provincias, estuviesen exentos de todas las cargas públicas, y por tanto tambien de la tutela. La historia, y cada uno de los

capítulos de esta célebre lei, los espliqué prolijamente en mi *Comment. ad Legem Juliam et Pap. Popp.* donde tambien traté de este privilegio en el *lib. 2. cap. 8. p. 206 y sig.*

§. CCXC. *Por privilegio* se escusan (2) los que administran rentas del fisco, ó el patrimonio del príncipe, ó los tributos y alcabalas etc. Para que esto se entienda bien, debe observarse que antiguamente había tres clases de bienes públicos, como todavía sucede en los gobiernos monárquicos: (1) el *erario*, al cual pertenecían todas las cosas que estaban en el dominio de la república, y las que se recogían para su conservacion, como contribuciones, alcabalas etc. (2) El *fisco*, que era del príncipe como príncipe, y le estaba señalado por la república para sostener su palacio, y á él pertenecían los bienes mostrencos, vacantes y de abintestato. (3) El *patrimonio del príncipe*, que este poseía como privado: v. gr. sus bienes hereditarios, ó los que compra de su bolsillo. Cualquiera, pues, que administra el erario, el fisco, ó el patrimonio del príncipe, goza del privilegio de estar escusado de la tutela. Suele aquí preguntarse, si esta causa es voluntaria ó necesaria? Unos creen que sea necesaria, por cuanto los bienes de estos administradores están empeñados para la república, el fisco, ó el príncipe, de suerte que no puede competir al pupilo hipoteca tácita en dichos bienes, y por consiguiente, dicen, aun cuando quisieran recibir la tutela, no podrían ser admitidos. Pero aunque hoy tiene fuerza esta razon, antiguamente, entre los romanos, esto fué un mero privilegio, una mera excusa voluntaria; porque (a) en el §. 1. *Inst. h. t.* se dice que *pueden excusarse*, que es decir, si quieren: (b) entre los romanos no había necesidad de aquella tácita hipoteca, puesto que el tutor estaba obligado á dar fian-

zas, y con estas fianzas quedaba bastante seguro el pupilo.

§. CCXCI. Tambien se concedía este privilegio (3) á los *ausentes por causa de la república*; por ejemplo, los embajadores del pueblo romano, los magistrados provinciales, los militares. Pero aquí se debe distinguir entre la tutela ya recibida, y la por recibir. De la tutela por recibir se escusan enteramente, no solo mientras están ausentes, sinó tambien por espacio de un año despues que han vuelto, que se llama *año de vacacion*. Pero de la tutela ya recibida solo se escusan mientras están ausentes, y entretanto se nombra un curador en su lugar; pero cuando regresan, vuelven á encargarse de la tutela, á no ser que estén ausentes en ultramar, que entónces deponen la tutela ya recibida. Así se propone esta doctrina en el §. 2. *Inst. h. t. L. 10. pr. et. §. 2. ff. eod. L. 11. §. 2. L. 12. §. 1. ff. de minor.* Empero cesa este privilegio (1) si concluida su comision están ausentes mas de lo preciso; v. gr. si por gozar y distraerse andan recorriendo varios paises: (2) si con pretesto de estar ausentes por negocios de la república, lo están en realidad por comodidad suya. Porqué solían los romanos que tenían asuntos en alguna provincia, pretender una *libre embajada*, y entónces partían con un aparato ó carácter de embajadores, aunque realmente iban por su propia utilidad. Y se revestían de este carácter de embajadores ó legados solo para que los recibiesen con veneracion en todas partes, como á embajadores del pueblo romano: segun se ve en Ciceron *Epist. famil. lib. XI. ep. 1. lib. XII. ep. 21. y ad Attic. lib. II. ep. 4.* Que semejantes legados no gozaban del privilegio, está claro en la *L. 1. §. 1. ff. 4. L. 5. ff. ex quibus causis maj. 25. annis in integr. rest. L. 6. §. 36. ff. h. t.*

§. CCXCII. I. Se escusan ademas por este privilegio (4) los *magistrados*, pero no todos, sinó *los que lo son con autoridad civil*: esto es, segun la interpretacion de *Aulo Gel. Noct. Attic. L. XIII. 13.*, los que tienen derecho de prender, como cónsules, pretores, censores, dictadores, prefectos de la ciudad y del pretorio, mas no los ediles, *L. 17. § 4. ff. h. t.*, y mucho ménos los cuestores y demas inferiores á estos, cuya enumeracion se hace en la *L. 2. § 29. sig. ff. de O. J.* Pero con el tiempo parece que á los magistrados menores se les concedió tambien este privilegio, pues que el duunvirato de los municipios fué escusa en tiempo de Modestino, que vivió en el reinado de Alejandro Severo, *L. 15. §. 3. ff. h. t. L. 6. §. 16. ff. eod.* Se escusan (5) los *literatos*, retóricos, sofistas, médicos, jurisconsultos, pero no todos, ni siempre; sinó tan solo (a) si son profesores: (b) si son de número, esto es, ordinarios: (c) si enseñan en su patria: (d) si son laboriosos, *L. 6. §. 6. sig. h. t. L. 6. C. de prof. et med.*

Pero acerca de estos cinco privilegios, se debe notar la regla general, que *un privilegiado no usa del privilegio contra otro igualmente privilegiado*. Así pues, se escusará sin duda un militar, un catedrático, un administrador del fisco; pero si el pupilo es hijo de militar, no se escusará el militar; si es hijo de catedrático, no se escusará el catedrático: como tampoco se escusará el administrador, si es hijo de otro administrador el pupilo. Véase la *L. 17. §. 17. ff. h. t.*

§. CCXCIII. II. *Por impotencia* se escusan todos los que parecen ménos idóneos para desempeñar la tutela, si por otra parte son hombres de honradez; porqué de otra manera la escusa fuera necesaria, y aunque quisieran, no serían admitidos. Las causas son: (1) *tener á su cargo tres tutelas*. Pero aquí debe observarse (a)

que se computan todas las tutelas de una casa, de suerte, que si por ejemplo, el padre desempeña una tutela, y cada uno de sus hijos la suya, esto excusará. (b) Que las tutelas no tanto se deben contar, como pesarse; y así, una sola que haya demasiado difusa, será bastante á excusar; al paso que no lo serán tres, siendo mui fáciles. (c) Que las tutelas no se cuentan segun el número de los pupilos, sinó segun el número de las cuentas que hai que dar. Así que, si uno tiene á su cargo la tutela de cuatro hermanos, se considera que no tiene á su cargo mas que una, §. 5. *Inst. L. 31. §. 4. ff. h. t.* (d) Que no hai lugar á esta excusa, si los pupilos están próximos á la pubertad, v. gr. si solo restan seis meses para acabarse la tutela, *L. 17. pr. h. t.* (e) Que no excusan las tutelas honorarias, esto es, que no tienen anejo á sí ningun cargo de administracion, *L. 15. §. 9. ff. h. t.* De todo esto se puede colegir quanto sobre este punto se deja al arbitrio del magistrado. Excusa ademas (2) la *pobreza*; pero tal, que si se obligara á uno á tomar la tutela, no le quedase el tiempo necesario para proporcionarse lo indispensable á su subsistencia, §. 5. *Inst. h. t.* Antiguamente esta causa de excusa era voluntaria, pero hoi sin duda es necesaria, pues no acostumbrándose confiar temerariamente la tutela sinó al que posee bienes inmuebles, se deja conocer que los pobres no serían hoi admitidos, aunque estuviesen prontos á encargarse de la tutela. Excusa por la misma impotencia (3) *el padecer enfermedad*, con tal que esta no sea de poca consideracion, v. gr. una fiebre ligera, ó un dolor de cabeza; sinó habitual, y que postre en cama al hombre, de suerte que ni aun pueda cuidar de sus asuntos, quanto mas de los agenos, §. 7. *Inst. h. t.* Notamos de paso que los antiguos llamaron *sontica* esta clase de enfermedad, *Gell. lib. XVI. c. 4. lib. XX. c. 10. lib. II.*

§. 3. ff. *si quis caut. in judic.* Se escusan (4) por impotencia los *idiotas*, por los cuales no se entiende aquí los que no tienen instruccion, sinó los que no saben leer ni escribir, porqué estos no pueden formar las cuentas. Sin embargo, se los admite (a) si la tutela no es mui difusa, y ellos son prudentes, *L. 6. §. ult. ff. h. t.*; (b) si pueden dar las cuentas por tarjetas ó por otro método sencillo. Tambien se escusan por impotencia (5) los *septuagenarios*, porqué esta edad dispensaba tambien de otras cargas públicas; pero se requieren rigurosamente los setenta años, de suerte que faltando para esta edad un solo dia, ya no hai lugar á esta excusa, *L. 2. pr. ff. h. t.*

§. CCXCIV. Finalmente, por *enemistad* con el padre del pupilo se escusan aquellos que la alegan, §. 9 y 11. *Inst. h. t.* Esto pudiera parecer que repugna á la piedad cristiana, pues que en este caso las leyes son indulgentes con hombres á quienes ni aun aplaca la muerte de su enemigo. Pero Vinio nota mui bien en este §. 9. que no es este el sentido del Derecho, sinó que si se les concede este privilegio, es por no ofender su pudor: pues si se les obligase á tomar la tutela, fácilmente se suscitaría contra ellos la sospecha de que en la administracion de ella se habían de portar sin pureza ni honradez. Pues para que puedan evitar esta siniestra opinion, y defender la reputacion de que gozan, los excusa la lei, si ellos quieren.

§. CCXCV. Hemos visto las causas voluntarias de excusarse, que libran del cargo de la tutela siempre que se aleguen: siguen las *necesarias* (§. 288), que aunque no se opongan, impiden tomar la tutela. Lo que hace á los hombres ineptos para desempeñar los negocios agenos, es causa para que no sean admitidos en la tutela. Tales (1) elestar *furiosos, dementes, sordos, ciegos*. Porqué aunque todos estos, siendo nombrados

en testamento, no sean removidos de la tutela, sino que entretanto se dé otro tutor, hasta que cese el impedimento, y aunque esto suceda tambien (2) con los *menores* nombrados en testamento (§. 213); sin embargo, no son admitidos á la administracion de la tutela miéntras están furiosos, dementes, sordos, ciegos, ó son menores de edad; los cuales no pueden ser tutores por estar ellos mismos sujetos á la direccion de otros, es decir, bajo curaduría. (3) Otra escusa del mismo género da la *milicia*; pues los militares, aunque quisieran, no pueden ser tutores, porque no se distraigan de sus banderas con esta clase de negocios; *L. 4. C. qui dar. tut.* Sin embargo, los militares no se escusan de la tutela de los hijos de sus camaradas, por no haber otros á la mano que puedan ser nombrados tutores de tales hijos. Escusa (4) el *tener pleito con el pupilo*, §. 4. *Inst. h. t.*, no solo presente, sino tambien futuro ó próximo, *Nov. 72. cap. 1, 2, 4.*; de manera, que si el nombrado tutor disimulare tener pleito de esta clase, y recibiere la tutela, puede despues ser removido como sospechoso. Escusa (5) el *sacerdocio* y el *monacato*, *Nov. 123*; tanto, que ni aun queriendo son admitidos, á escepcion de los presbíteros y diáconos (no los obispos) que lo son á la tutela legítima. Se estableció así, para que los sacerdotes no se distrajesen con estos encargos del culto divino y estudios sagrados, ni los monjes de sus oraciones y demas ejercicios monásticos. Pero en el dia son tambien admitidos los sacerdotes entre los protestantes, siempre que quieran recibir la tutela; y aun están obligados á ser tutores, si se les encarga la tutela de los hijos de un colega ó clérigo, con tal que posean bienes raizes, ó den fianzas. Se escusa tambien (6) *el marido de la curaduría de su mujer menor de edad*, *L. 2. C. qui dari tut. L. 14. C. de cur. furios.*; porque había peligro de

que el marido interpusiese muchas vezes su autoridad en una cosa suya, y de que con halagos persuadiese á su mujer muchas cosas que pudieran causarle perjuicio.

§. CCXCVI. Todas las causas de que hasta aquí hemos hecho mencion, son comunes á la tutela y á la curaduría, puesto que de ambas se puede cualquiera excusar por ellas. Pero en especial pertenece á la curaduría el haber uno sido ántes tutor de un pupilo, pues entónces no está obligado á ser curador hasta la mayor edad, porqué siendo cortas las remuneraciones hechas á los amigos, no es justo hacer sufrir á ninguno dos encargos tan gravosos, *L. 5. C. h. t.* No obstante, hai aquí una escepcion, y es en el liberto; el cual nombrado tutor por el patrono, está obligado á encargarse tambien de la tutela, *L. 5. C. h. t.*; porqué era tanto el afecto y veneracion que los antiguos exigían de un liberto, que creían que ninguna carga podía este recibir bastante pesada en reconocimiento á la libertad que debía á su patrono, como que era una cosa inestimable.

§. CCXCVII. CCXCVIII. Hasta aquí hemos hablado de las causas de excusarse; resta ahora ver el modo con que se suelen proponer, acerca de lo cual debe observarse: (1) que ántes que se opongan, son tutores los nombrados, y por tanto desde aquel dia hasta el tiempo de la sentencia, á no ser absueltos, todo el peligro recae sobre ellos, *L. 31. ff. h. t. L. 1. C. si tut. vel cur. fals. all.* Porqué no pudiendo preverse si las excusas que alegó, serán ó no idóneas, está puesto en razon que miéntras tanto sean reputados por tutores, hasta que aparezca si sus causas son aprobadas ó desechadas por sentencia. Si pues es tenido por tutor, es claro que todo peligro le pertenece á él. Por lo cual será prudente que el mismo tutor

nombrado se encargue al instante de la administracion, para evitar que la mala administracion de otro le ocasione daños y perjuicios; pero sin embargo, exponga las causas que tiene para escusarse, y añada la protesta de que si se encarga de la administracion no es con ánimo de sufrir la tutela, sinó con la intencion de hacer valer sus escusas. (2) Observamos que las escusas se oponen como escepciones. De manera, que al modo que (a) se puede usar de muchas escepciones, pero de suerte que (b) se opongan á un mismo tiempo todas, despues de la litis-contestacion, *L. 5. L. 8. de excep.*; así tambien todas las causas de escusa se deben alegar de una vez y á un mismo tiempo; *L. 13. §. 8. h. t.* (3) Al tutor nombrado fuera de Roma se le concede tanto espacio de tiempo, que en cada dia pueda andar veinte millas, debiendo ademas añadirse treinta dias, dentro de los cuales pueda exponer en Roma estas causas, §. 16 *Inst. h. t.* (4) Observamos por último, que el tutor que piensa escusarse, no debe apelar al juez superior, sinó oponer al instante sus causas ante el mismo magistrado que lo nombró, §. 16. *Inst. L. 1. §. 2. ff. h. t.*; y esto es mui justo. Porque (1) no hai lugar á apelacion ántes que se reciba gravámen, y no lo causa el magistrado cuando confiere la tutela, sinó cuando desecha las justas causas que se alegan para escusarse. (2) Siempre queda todavía salvo el beneficio de la apelacion, aunque desecharé nuestras justas causas por sentencia ó decreto. Por lo demas, si advierten esto nuestras leyes, es porqué sucede de otro modo en las demas cargas públicas, tratándose de las cuales, los gravados sin razon ni justicia pueden desde luego echar mano del beneficio de la apelacion. *L. 1. §. 2. ff. cuando ad apell.*

§. CCXCIX....

TÍTULO XXVI.

DE LA REMOCION DE LOS TUTORES Y CURADORES
SOSPECHOSOS.

§. CCC. Este último título tiene conexion con el anterior, porqué la *remocion* del tutor sospechoso es tambien un modo de acabarse la tutela, lo mismo que las excusas (§. 262.). A este fin se da una accion singular, llamada *accion del tutor sospechoso*, y asimismo *crimen del tutor sospechoso*, de que se trata en este título. De qué manera esta accion se distinga de las otras que nacen de la tutela, ya lo hemos explicado con bastante claridad en el §. 263, diciendo que la accion *suspecti tutoris* se puede entablar en todo tiempo, bien ántes de recibirse, ó bien despues de recibida la tutela: la accion *tutelæ* solamente acabada ya la tutela, y no dadas aun las cuentas: la accion *de distrahendis rationibus*, dadas ya las cuentas, pero dadas mal. Tratando, pues, de la primer accion, esto es, de la de tutor sospechoso, veremos, (1) qué cosa sea tutor sospechoso y crimen de sospechoso? §. 301. sig. (2) Quiénes entablan esta accion? §. 303. sig. (3) Contra quiénes puede entablararse? §. 305. (4) Para qué se entabla? §. 306, 307.; y (5) cómo cesa esta accion? §. 308.

§. CCCI. CCCII. (1) Se pregunta: qué tutores se llaman sospechosos? Qué es crimen de sospechoso? *sospechosos* se llaman todos los tutores que *no administran con fidelidad* la tutela, ya sea por fraude, ya por culpa, ya tengan con qué pagar, ya no tengan, §. 5. *Inst. h. t.* Porqué al modo que la pobreza sola á nadie hace sospechoso, si por otra parte el sujeto es hombre de bien y diligente, así tampoco las riquezas quitan la sospecha. Pudiera alguno pensar que un

tutor rico no es sospechoso, porqué aun cuando ponga poco cuidado en la administracion de la tutela, y cause daños al pupilo, puede sin embargo resarcirlos fácilmente. Pero los juriseconsultos racionan de otro modo, á saber: *que es mas útil conservar desde un principio intactos los derechos, que buscar remedio despues de causado el daño*, segun se dice con elegancia en la *L. ult. C. in quibus causs. res. in integr. non est neg.* De aquí es fácil inferir, que cosa sea *crimen de sospechoso*: es la acusacion cuasi pública del tutor ó curador que no administra con fidelidad, para la remocion, y á vezes para imponer una pena extraordinaria, en caso de ser tan notable la malicia del tutor que se considere deber castigarse con pena *corporis afflictiva*, ó suplicio capital, v. gr. *si armare asechanzas á la vida del pupilo*; de lo cual se ve un ejemplo en Sueton. *Galb. c. 9.* Esta acusacion de los tutores sospechosos se deriva de las leyes de las XII tablas, *L. 1. §. 2. ff. h. t. Justinian. pr. Inst. h. t.* Véase *Jac. Godofred. Tab. VII.* que cree que la lei decemviral estuviese concebida en estos términos: *si tutor dolo malo gerat, vituperato; quandoque finita tutela escit, furtum duplione luito*; de cuya primera parte dice se deriva el crimen de sospechoso, así como de la segunda la accion *de distrahendis rationibus*.

§. CCCIII. CCCIV. (2) Ahora ya resolveremos fácilmente esta otra cuestion: quién puede acusar al tutor sospechoso? Siendo esta acusacion cuasi pública, segun hemos visto en la definicion, deberá ser permitido á cualquiera entablar la acusacion de que se trata, pues no se dice cuasi pública en la *L. 1. §. 6. ff. h. t.* porqué se trate aquí del orden y disciplina pública (puesto que la malicia de un tutor, no tanto daña á la seguridad pública, como á la hacienda del pupilo, y por lo mismo pertenece á las causas privadas), n

tampoco tiene este nombre, porqué con motivo del crimen de sospechoso se instituya un juicio público y criminal (puesto que esta acusacion se entabla ante el pretor, el cual no gozaba de mero imperio, sí solamente de jurisdiccion civil); sinó que si se la llama cuasi pública, es porqué cualquiera del pueblo, aunque parezca no importarle, podía mui bien instituir esta acusacion, §. 3. *Inst. h. t.* Y por eso no se dice que sea verdaderamente pública, sinó *cuasi pública*, así como en nuestro Derecho hai *cuasi contratos*, *cuasi delitos*, *cuasi posesiones*, *cuasi tradiciones*: cuyas locuciones manifestamos en nuestros *Elementos* (nota al §. 303.) venir todas de los estóicos, que usaban con frecuencia de la partícula *quasi*. Por consiguiente, pueden acusar al tutor sospechoso todos, aun aquellos que no tienen interes inmediato, por considerarse que importa á la república que los bienes del pupilo no sean perjudicados; y así tambien á las mujeres es permitido acusar, aunque generalmente no puedan demandar por otros, ni acusar, segun la *L. 2. ff. de R. J.*, y la *L. 1. L. 2. de accus.* Pero el favor del pupilo vence esta regla, con tal que la mujer acusadora no traspase el pudor del sexo, §. 3. *Inst. h. t.* Y debe observarse, que ciertas personas están obligadas á acusar á los tutores sospechosos, tanto que si no lo hacen, se las considera dignas de castigo. Tales son los *cotutores*; los cuales, si no acusan al tutor que administra mal, sufren todo el daño, *L. 3. pr. h. t.*: los *libertos*, á quienes la veneracion á su patrono debía excitar á que no permitiesen que el tutor se enriqueciese á costa de los bienes de los hijos del patrono, *L. 3. §. 1. eod.*; y las personas allegadas, especialmente la *madre*. Sin embargo, no puede acusar el mismo pupilo, porqué los impúberes no pueden presentarse en juicio, ni acusar por sí ni por otros, ni aun pueden los pú-

beres , siendo menores de diez y siete años , *L. 1. §. 3. ff. de postul.* Mas si han cumplido esta edad , entónces pueden mui bien acusar á los curadores , con tal que lo hagan con el consejo de sus parientes , *L. 7. pr. ff. §. 4. Inst. h. t.* Finalmente , tambien el *magistrado* puede inquirir de oficio contra los tutores sospechosos , aunque nadie acuse : lo cual solo se verifica en este caso singular , pues entre los romanos si el magistrado inquiría á veces de oficio , esto era contra los delitos y crímenes públicos , no en utilidad de un particular , *L. 3. §. 4. ff. de offic. præsid.*

§. CCCV. Hemos visto quiénes pueden acusar á los sospechosos : vamos ahora á explicar , quiénes pueden ser acusados ? (3) Segun la definicion del §. 301 , respondemos que pueden serlo todos los que no desempeñan con fidelidad la tutela , bien sean testamentarios , legítimos ó dativos. Ni importa que el sospechoso ofrezca fianzas por la razon alegada arriba (§. 301) , de que es mejor conservar íntegros los derechos desde un principio , que buscar el remedio despues de causado el mal , *L. 5. L. 6. ff. h. t.* No obstante , aunque esto sea cierto , sin embargo , los tutores legítimos no son fácilmente removidos : porqué siendo próximos agnados ó cognados de los pupilos , y recayendo sobre los removidos la nota de infamia , esta nota redundaría entónces en cierto modo contra el mismo pupilo , v. gr. si se declarase infame á su madre ó tio paterno , ú otro próximo agnado. Por eso se suele tener consideracion á la sangre , y no se remueve fácilmente al tutor legítimo , sinó que se le junta un curador que administre la tutela , *L. 9. ff. h. t.* De esta manera sucede que el tutor no puede á su antojo usurpar los bienes del pupilo , y sin embargo conserva íntegra su fama y estimacion.

§. CCCVI. CCCVII. Dejamos tambien visto contra

quién se entabla esta acusacion. Ahora toca decir, (4) para qué se entabla? Atendiendo á nuestra definicion (§. 301), respondemos que ordinariamente se entabla para la remocion, y estraordinariamente para un castigo estraordinario, á saber: cuando la malicia del tutor aparece criminal. Hablemos de ambos casos. Se da (a) *ordinariamente* para la remocion, y se observa este órden: (aa) al instante que se entabla esta acusacion, se separa de la administracion al tutor, que es lo que los pragmáticos llaman *suspension*. Luego no se le *remueve* incontinenti (pues esta es la pena, por la cual no debe empezarse), sinó que se le *suspende*, esto es, se le priva de la administracion, para que mientras se sigue el pleito no usurpe mas los bienes del pupilo, §. 7. *Inst. h. t.* Despues (bb) sigue el conocimiento de la causa, por el cual aparece, ó que el tutor no se ha portado mal, en cuyo caso se levanta la suspension ó entredicho, y el tutor es absuelto, quedándole salvo el regreso contra el que le acusó calumniosamente: ó que no ha obrado con fidelidad, y entónces es enteramente removido, ó con infamia, ó sin ella: *con infamia*, si es condenado por dolo ó culpa lata, §. 6. *Inst. L. ult. C. L. 7. §. 2. ff. h. t.*; pues la culpa lata, en estos casos siempre se tiene por dolo, *L. 226. ff. de V. S.*; lo mismo que en las causas famosas, *L. 11. §. ult. ff. de his qui not. infam.*, y en esta causa, *d. L. 7. §. 1. ff. h. t.*; *sin infamia*, si solo es removido por culpa leve, *L. 3. §. ult. ff. h. t.* A veces no se descubre en el tutor ni dolo, ni culpa, sinó contumacia; y entónces no es removido ni notado de infame, sinó que el pupilo es puesto en posesion de sus bienes; v. gr. si no señala alimentos al pupilo, *L. 13. §. 14. L. 7. §. 1. ff. h. t.* Este es el modo ordinario de proceder. Algunas veces (b) *estraordinariamente* es castigado el tutor si aparece que usó de malicia mui

vituperable, por ejemplo: si el tutor fuere liberto, y sin embargo no desempeñare con fidelidad la tutela, pues agrava su delito la ingratitude con su patrono. Otro tanto sucede, si, v. gr. aparece que el tutor armó asechanzas á la vida del pupilo, de lo cual hemos dicho que se lee un ejemplo en Sueton. *Galb. c. 9*. Por lo demas en todos estos casos se dice que el pretor debe remitir al tutor al prefecto de la ciudad para que lo castigue, *L. 1. §. ult. ff. y §. 10, 11. Inst. h. t.* La razon es clara; porqué no ejerciendo el pretor mas que la jurisdiccion civil, y no el mero imperio que pertenecía al prefecto de la ciudad, *L. 1. ff. de offic. præf. urbs*, era consiguiente que el tutor fuese remitido por el pretor al prefecto de la ciudad, que era el único que podía castigar á los facinerosos. Esto en cuanto al modo de proceder.

De paso notaremos que lo que dijimos de la suspension, tambien tiene lugar en otras causas. Pues siempre que se entabla acusacion criminal contra uno que desempeña un oficio público, especialmente eclesiástico, se suele incontinenti suspenderle del oficio, hasta tanto que demuestre su inocencia; porqué parecería escandaloso que, v. gr. un ministro del altar se mezclase en las cosas sagradas miéntras se estuviera inquiriendo contra él por adulterio ú otro delito de esta clase. Digo que al momento se le suspende del oficio, pues hai dos clases de suspension, ó *del oficio*, cuando uno retiene el sueldo, pero está prohibido de desempeñar el oficio; ó *del beneficio*, si entre tanto es tambien privado del salario. Aquella tiene lugar por entablarse acusacion ó inquisicion, y de consiguiente por la sola sospecha de delito; pero esta se impone en castigo, si el delito no está tan probado, que uno no pueda ser enteramente privado del oficio público.

§. CCCVIII. Sigue (5) la cuestion, de cuándo cesa ó acaba la acusacion? Pues siendo infamatoria, se restringe en cierto modo, y cesa enteramente en algunos casos. Así es que espira (1) *por la muerte del reo*, con tal que aun no esté pronunciada la sentencia, §. 8. *Inst. h. t. L. pen. ff. h. t.* La razon es, porqué este juicio se da para la remocion con infamia, y de consiguiente para una pena; y un muerto no puede ser removido, ni infamado, ni castigado. Pudiera alguno pensar que importa al pupilo que se le resarza el daño causado por el tutor muerto. Pero se responde, que puede pedir su restitucion por la accion *tutelæ* que en el §. 284 y sig. manifestamos darse subsidiariamente contra los herederos del tutor, contra sus fiadores, y los herederos de estos. Luego bastante se ha atendido á los intereses del pupilo, para que no sea necesario continuar tambien la acusacion contra un muerto. (2) *Acabada la tutela ántes de la sentencia*: porqué, ¿ cómo puede ser removido con infamia de la tutela uno que ya dejó de ser tutor? *L. pen. ff. L. 1. C. §. 8. Inst. h. t.* Sin embargo, no por eso se prohíbe al pupilo el que acabada la tutela, entable contra este hombre la accion *tutelæ*, para que resarza todos los daños causados por dolo ó por culpa, aunque sea leve; pues en el §. 263. queda ya bastante explicado que esta accion compete despues de concluida la tutela.

§. CCCIX.....

NOTAS

DEL

TOMO PRIMERO.

NOTAS

DEL

TOMO PRIMERO.

PROEMIO.

Pág. 2. lín. 10. (*no quisiera abrumar.*) Aquí viene bien aquel axioma de Séneca : *non multa, sed multum.*

§. II al fin, pág. 6. — Varias son tambien las tentativas que en distintas épocas se hicieron en España para metodizar nuestra legislacion. El santo rei don Fernando, su sabio hijo don Alonso, Felipe II, Carlos III y Carlos IV , serán siempre citados con reconocimiento en la historia de nuestras leyes. Si los resultados hubiesen correspondido á sus grandiosas intenciones, no nos viéramos hoi enmarañados entre leyes confusas, innumerables y contradictorias, y disfrutáramos de una legislacion clara, breve y uniforme. Esta época parece haber llegado. Un dia mas sereno amanece á nuestra jurisprudencia, y la grande obra de su reforma estaba reservada para el reinado de nuestro actual Monarca. Algunos ramos de nuestra legislacion se acaban de arreglar, y otros se están organizando. El código mercantil está promulgado ; el criminal se está disponiendo por orden de S. M. ; ¿y quién duda que tras estos deben ir los demas necesarios para componer un cuerpo legislativo acomodado á nuestras actuales costumbres y á las necesidades de este siglo ?

§. III. pág. 7. lín. 3. (*adoptó al hijo de una hermana suya.*) Así lo afirman escritores que florecieron des-

pues de aquella época; mas como los contemporáneos guarden silencio acerca de esto, y los argumentos que suelen producir sobre este punto, nada prueben, creemos infundada y desatendible esta opinion. (Véase á Heinecio, *Dictata ad instit.* §. 3.)

§. V. pág. 12. lín 8 y 9. (*el revisado ó Repetitæ Prælectionis.*) Por este estilo tenemos tambien en España la Novísima Recopilacion de leyes, que viene á ser la Recopilacion *Repetitæ Prælectionis*, si se compara con la nueva Recopilacion; con la diferencia que la Novísima Recopilacion es un código defectuosísimo, lleno de leyes desusadas, de otras que pertenecen á las ordenanzas principales de los pueblos, algunas de ellas truncadas; atestado de anacronismos y falto de muchas leyes que pertenecen á la esencia de la constitucion del estado. (Véase á Marina, *Juicio critico de la Novísima Recopilacion.*)

§. VI al fin, pág. 13. Nuestro modo de citar por regla general es poner 1.º el número de la lei: 2.º el del título; y 3.º segun que corresponda, ó el número de la Partida, ó el del libro, con el nombre del código á que se quiere hacer referencia. Ejemplos: L. 3. tit. 4. lib. 5. del Fuero Juzgo. — L. 7. tit. 9. Partida 4. — L. 6. tit. 1. lib. 4. del Ordenamiento Real. — L. 7. tit. 4. lib. 10. de la Novísima Recopilacion. Y si se trata de reales cédulas ó decretos, se espresa la fecha con que se espidieron y el capítulo, v. gr.: real cédula de 31 de mayo de 1789, cap. 4. etc. etc.

§. XI y XII al fin, pág. 19. Tampoco carecemos en España de *novelas*, y como tales pueden mirarse los decretos, órdenes y resoluciones de S. M. que todos los dias están saliendo, y de que ya hai una voluminosa *coleccion* que comprende desde el año de 1814 hasta el presente.

§. XV. pág. 22. lín. 6 y 7. (*pero no hacerlas, leyes.*)

Tampoco en España puede nadie mas que el rei establecer leyes. La *L. 12. tit. 1. Part. 1.* dice: « Empe-
 « rador ó rei puede facer leyes sobre las gentes de
 « su señorío, é otro ninguno no ha poder de las facer
 « en lo temporal: fueras ende si lo ficiesen con otor-
 « gamiento dellos, é las que de otra manera fueren
 « fechas no han nombre ni fuerza de leyes, ni debèn
 « valer en ningun tiempo. » Véase tambien la *L. 2.*
tit. 1. Part. 2, y la *L. 3. tit. 2. lib. 3. Nov. Recop.*

§. XVI. pág. 25. lín. 15 y 16. (*lo que no deja de ser frecuente.*) Sirvan de ejemplo la *Aut. bona damnatorum*, *Cod. de bonis proscripto*: la *Aut. ex causa*, *Cod. de liber. præterit. et exhered.*: la *Aut. hæc ita*, *Cod. de verbor. oblig.*; y la *Aut. sed hodiè*, *Cod. de judiciis.*

§. XVII. pág. id. lín. 18 y 19. (*no á los estraños.*) Los que vivieren por algun tiempo en el reino del legislador, deben contratar y pleitear segun las leyes de las provincias, á no ser si contrajesen sobre raizes sitos en otras; y segun las leyes del señorío donde se cometiere un delito, debe ser juzgado el delincuente, *L. 15. tit. 1. Part. 1.*

§. id. pág. id. lín. 29 y 30. (*tiene autoridad el derecho justiniáneo*); pág. 26. lín. 5 á 7. (*deberán los juezes recurrir subsidiariamente al derecho romano.*)

— Nada de esto sucede en España. En la *L. 8 y L. 9. tit. 1. lib. 2. del Fuero Juzgo*, se prohíbe bajo ciertas penas el uso y alegacion de las leyes romanas, cuya prohibicion se repite en la *L. 5. t. 6. lib. 1. del Fuero Real*. — El sabio autor de las Partidas en la *L. 6. tit. 4. Part. 3.*, hablando de los juezes, dice: « Que los pleitos que vinieren ante ellos, los libren
 « bien é lealmente lo mas aina é mejor que supieren, é
 « por las leyes de este libro é non por otras. » Con lo cual quiso darnos á entender que estrañaba de sus do-

minios las leyes romanas, del mismo modo que lo habían hecho sus antepasados. — La *L. 3. tit. 2. lib. 3. de la Nov. Recop.* (1.^a de Toro) espresa el orden en que valen y se deben alegar las leyes de los diferentes códigos civiles del reino, y segun ellas los pleitos se deben determinar en primer lugar por las leyes de la *Nov. Recop.*, y en falta de estas por los fueros que estén en uso, y por las leyes de Partida. Esto mismo se halla confirmado por la *Pragmática sancion del Señor Felipe II de 14 de marzo de 1567*; siendo digno de advertirse que en ninguna de estas partes se hace mencion de las leyes romanas. — El auto acordado de 4 de diciembre de 1713, ponderando el abuso de citar autores extranjeros, prefiriéndolos á los nuestros, y el error en alegar leyes civiles ó romanas y canónicas que entre nosotros no tienen fuerza alguna por sí, dice: « Lo que es mas intolerable, es que
 « les parece que en los tribunales reales se debe dar
 « mas estimacion á las leyes civiles y canónicas....
 « que á las leyes, ordenanzas, pragmáticas, estatutos
 « y fueros de estos reinos; siendo así que las civiles
 « no son en España leyes, ni deben llamarse así, sinó
 « sentencias de sabios que solo pueden seguirse en
 « defecto de lei, y en cuanto se ayudan por el dere-
 « cho natural y confirman el real, que propiamente
 « es el derecho comun, y no el de los romanos, cuyas
 « leyes ni las demas estrañas no deben ser usadas ni
 « guardadas, segun dice espresamente la *L. 8. tit. 1.
 « lib. 2 del Fuero Juzgo*; y la glosa de su comentador
 « Alfonso de Villadiego y otros refieren hubo lei en
 « España que prohibía con pena de la vida alegar en
 « juicio alguna lei de los romanos.... » — Por el mismo auto y la *L. 1.^a de Toro* se ve que en ocurriendo duda sobre alguna lei real, ó en falta de esta, se ocurre al príncipe para que interprete y provea. —

La *L. 3. tit. 2. lib. 3. Nov. Recop.* (2.^a de Toro) manda á los jurisconsultos dedicarse principalmente al estudio de las leyes españolas; *pues por ellas, dice la lei, y no por otras han de juzgar.* — A pesar de todo lo dicho, la alta importancia del estudio del derecho romano queda demostrada en el prólogo de esta obra. — El *decreto del señor Felipe V de 1713*, y el *auto acordado de 29 de mayo de 1741* mandan se enseñe el derecho español en nuestras universidades, donde se había de permitir el estudio de las leyes romanas *para mayor ilustracion y noticia del que fuese aplicado.* Y finalmente, sabido es que en la carrera de las leyes se exige estudiar derecho romano por el novísimo plan de estudios de 14 de octubre de 1824.

LIBRO PRIMERO.

§. XIX. pág. 28 lín. 19. (*voluntad constante y perpetua etc.*) Esta definicion está tomada, segun dice Heinecio, de la filosofía estóica, cuyos sectarios consideraban la justicia como un hábito contraido; y por consiguiente atendiendo á que un hábito no es mas que el resultado, la repeticion de unos mismos actos, creían que el que una vez obraba en sentido contrario á los preceptos de la justicia, ya nunca podía ser justo. Este modo de discurrir es falso por varios conceptos, aun tratándose de la justicia moral, pero mucho mas lo será si se quiere aplicar á la justicia civil, que es la que debe formar el objeto del legislador y del jurista, como demuestra claramente nuestro autor. La definicion, pues, que da Heinecio

de la justicia, es la que debe tenerse presente en unas instituciones civiles, y no la que dió el emperador Justiniano llamandola *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*, ni la de nuestro rei D. Alonso el Sabio, que en la *L. 1. tit. 1. Part. 3.* la define diciendo, ser « Raigada virtud que dura siempre en « las voluntades de los omes justos, é da é comparte « á cada uno su derecho igualmente. » Cuyas dos definiciones enteramente iguales en su sentido, es evidente que solo se refieren á la justicia moral, que está fuera de los resortes de la jurisprudencia.

§. XXII al fin, pág. 32. — La misma doctrina de los tres preceptos del derecho tomada del derecho romano, está consignada en la *L. 3. tit. 1. Part. 3.*, que dice así: « Segund departieron los sabios antiguos, « justicia tanto quiere decir, como cosa en que se « encierran todos los derechos de cual natura quier « que sean. E los mandamientos de la justicia é del « derecho son tres. El primero es, que ome viva honestamente quanto en sí. El segundo, que non faga « mal nin daño á otro. El tercero, que dé su derecho « á cada uno. E aquel que cumple estos mandamientos face lo que debe á Dios, é á sí mismo, é á los « omes con quien vive, é cumple é mantiene la justicia. »

§. XXIV y XXV. pág. 35. lín. 5 y 6. (*conocimiento de las cosas divinas y humanas.*) — A propósito de esta definicion dice Barbadiño en la carta XXIII: « No quiero salir de la mas célebre, que es la de la jurisprudencia, la cual dió Ulpiano, y repite Justiniano en las instituciones: *jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.* Esta definicion ha quebrado la cabeza á los jurisconsultos que por bien ó por mal quieren que sea buena. Si Ulpiano parase en decir que era ciencia de lo justo é

injusto, se podía perdonar; pero decir que comprende las cosas divinas y humanas, es querer que la llamemos enciclopedia, ó para decirlo mas claro, es querer que demos una carcajada. » Y no le ha faltado razon á Barbadiño para esplicarse así, porque si el objeto de una definicion es hacer formar idea clara de una cosa, está tan léjos de llenarle la que nos da Justiniano de la justicia, que cualquiera al leerla creerá que para ser jurisconsulto se necesita ser al mismo tiempo teólogo, naturalista, y en fin reunir todos los conocimientos que están dentro de la esfera del entendimiento humano, de donde resultaría no haber habido ni poder haber en adelante jurisconsulto alguno, á no ser que Dios invirtiendo el órden de la naturaleza, nos autorizase para decir: *As brevis, vita longa.* Atengámonos, pues, á la definicion de nuestro Heinecio, mas modesta si, pero mas clara y arreglada á los preceptos de la sana lógica, y digamos con él que por jurisprudencia debe entenderse, *un hábito práctico de interpretar rectamente las leyes, y aplicarlas con acierto á todos los casos que pueden ocurrir.* V. Alvarez, *Inst. del Der. R. de Esp.*

§. XXVII. pág. 37. lín. 2 y 3. (*no podrá llamarse jurisconsulto.*) — « Entorbadores é embargadores de los pleitos son los que se facen abogados, non seyendo sabidores de derecho, nin de fuero, ó de costumbres que deben ser guardadas en juicio.... » L. 13. tit. 6. *Part. 3.*

§. XXVIII. pág. id. lín. 16. (*interpretar es saber el espíritu etc.*) — « Entender se deben las leyes bien, é derechamente, tomando siempre verdadero entendimiento dellas á la mas sana parte é mas provechosa, segund las palabras que y fueren puestas. E por esta razon no se deben escribir por abreviaduras, mas por palabras cumplidas, é por ende dijeron los

« sabios que el saber de las leyes non es tan sola-
 « mente en aprender é decorar las letras dellas, mas
 « el verdadero entendimiento dellas. *L. 13. tit. 1.*

« *Part. 1.*

§. XXVIII. pág. 37. lín. 21. (*auténtica, interpreta-
 cion, es cuando la lei es tan oscura etc.*)— « Y mandamos
 « que cuando quier que alguna duda ocurriese en la
 « interpretacion y declaracion de las dichas leyes, de
 « ordenamientos y pragmáticas y fueros, ó de las Par-
 « tidas, que en tal caso recurran á nos y á los reyes
 « que de nos vinieren, para la interpretacion dellas,
 « porqué nos, vistas las dichas dudas, declararemos y
 « interpretaremos las dichas leyes como conviene al
 « servicio de Dios nuestro Señor, y al bien de nues-
 « tros súbditos y naturales, y á la buena administra-
 « cion de nuestra justicia. ... » *L. 3. tit. 2. lib. 3. Nov.
 Recop.*

§. id. pág. id. lín. 32. (*usual es cuando el juez inter-
 preta las leyes etc.*)— « *Optima lex, quæ minimum re-
 « linquit arbitrio iudicis, optimus iudex qui minimum
 « sibi.* » La mejor lei es la que ménos deja al arbitrio del
 juez; y el mejor juez, el que ménos deja al suyo pro-
 pio. Bacon. *Legum, Leges aphor. 46.*

§. id. pág. 38. lín. 5 y 6. (*llámase.... doctrinal
 cuando los doctores ó jurisconsultos esplican la lei.*)—
 Esto es indispensable, por cuanto la lei no puede pre-
 venir la infinita variedad de casos que en la práctica
 pueden presentarse, ni dar disposiciones para cada uno
 de ellos: lo mismo que en las matemáticas tampoco se
 esplica y resuelve cada uno de los innumerables pro-
 blemas que pueden proponerse, sinó que tan solo se
 sientan ciertos principios y teoremas que basten para
 guiar al matemático en sus cálculos y operaciones.
 Ninguna lei puede hacer que para cada caso que ocur-
 ra no haya que pesar las circunstancias de las perso-

nas, tiempos y lugares. Por consiguiente la interpretación hecha por los jurisconsultos es del todo necesaria, no solo para suplir los vacíos de la lei; mas tambien para ayudar á la lei misma: *Lex interpretatione juvanda*, L. 64. ff. de condit. et dem.

§. XXX y XXXI. pág. 40. lín. 23 y 24. (*privado, derecho, es el que tiene por fin la utilidad de cada uno....*) — Y por eso se llama tambien con propiedad derecho civil. — « El derecho privado, dice Bacon, está bajo « la tutela del derecho público; pues este viene á ser « como un guarda ó defensor que cuida de que aquel « no sea violado. »

§. XXXVI y XXXVII. pág. 42. lín. 23 y 24. (*derecho natural es, el que la naturaleza enseñó á todos los animales.*) — Derecho natural, dice la L. 2. tit. 1. Part. 1., que tanto quiere decir « como derecho natural que han en sí los omes naturalmente, é aun las « otras animalias que han sentido. »

§. Id. pág. id. lín. 24, 25 y 26. (*Derecho de gentes es el que es comun á solos los hombres entre sí.*) — La misma L. 2. tit. 1. Part. 1. le llama tambien « derecho comun de todas las gentes, el cual conviene á los omes, « é non á las otras animalias. »

§. XXXVIII y XXXIX. pág. 44. lín. 18 y 19. (*De dos modos era para los antiguos el derecho de gentes, primario y secundario.*) — Esta subdivision del derecho de gentes no se halla espresa en ninguna lei española; de manera que nosotros no reconocemos diferencia ninguna entre el derecho natural y el de gentes primario. Véase la *Ilust. de Sala lib. 1. tit. 1. §. 4.*

§. Id. pág. id. lín. 22 y 23. (*Secundario es el que se ha introducido etc.*) — A este derecho, por dimanar de la razon natural, se da tambien á vezes el nombre de natural; por ejemplo, en la L. 31. tit. 18. Part. 1., que empieza: « contra derecho natural non debe dar

« privilegio nin carta, emperador nin rei, nin otro Señor.... »

§. XLIII. pág. 49. lín. 9. (*Derecho civil es el que cada pueblo establece.*) — (*) En España solo el rei puede hacer leyes, segun queda dicho en la nota al §. 15. Y las ordenanzas ó estatutos para el buen gobierno de los pueblos, deben ser remitidas por ellos al consejo real, para que este provea lo que se deba mandar, guardar ó confirmar. Véase la *L. 2. tit. 3. lib. 7. de la Nov. Recopilacion.*

§. XLIV. pág. 50. lín. 1 y 2. (*Este derecho civil se divide en escrito y no escrito.*) Véase la *L. 4. tit. 1. Part. 1.* y la *L. 4. tit. 2. Part. 1.*

§. XLV. pág. 51. lín. 3. (*Seis son las especies del derecho escrito.*) — En España no hai mas de una, que es la lei. Todo el derecho escrito dimana de sola la voluntad del rei, bien que las leyes, segun su diverso

(*) Variada nuestra legislacion por una lei fundamental, ha venido á modificarse el derecho de hacer leyes, dividiéndose este en dos partes que son el derecho de peticion y discusion concedido á la representacion nacional, y la sancion que ha reservado en sí la Corona. Sin estos requisitos no llegan á tener validacion los derechos civiles que son verdaderamente las leyes; y aunque segun esta misma doctrina pueden mui bien esplicarse con distintos nombres segun el modo y forma con que se hagan, deberan sustraerse de esta denominacion todas las disposiciones legales, como son los autos acordados y cualquiera otra que segun nuestros antiguos códigos gozen el carácter de lei, sin que por esto se entienda deprimida la autoridad real, pues que esta se halla facultada para expedir Reales órdenes y decretos que son verdaderas leyes quedando siempre salvo á la representacion nacional el derecho de reclamarlas si llegase á conocer que no son útiles y convenientes al Estado para quien se han formado: así que en el dia no puede reconocerse otro derecho escrito que el que con diversos nombres emana de la representacion nacional y Real Corona, segun que se halla establecido en el Estatuto Real.

fin y modo de espedirse, tomen distintos nombres; por ejemplo, el de Pragmática sancion, Real cédula, Real resolucion, Real decreto, Carta circular, Real órden y Auto acordado. La definicion de estas palabras no puede ser exacta por confundirse unas con otras. No obstante, por Pragmática sancion se suele entender *una real determinacion que se promulga para que tenga fuerza de lei general, y en ella se reforma algun exceso, abuso ó daño introducido ó experimentado en la república, y se inserta en el cuerpo del Derecho.* — Real cédula es un despacho del Rei, espedido por alguno de los consejos, en el cual se toma alguna providencia de motu proprio, ó se provee algo á petición de parte. — Real resolucion es la determinacion que el Rei toma en algun caso que se le propone. — Real decreto quiere decir una órden del Rei que se estiende en las secretarías del despacho con la rúbrica de S. M. para participar sus resoluciones á los tribunales de dentro de la corte, á los jefes de las casas reales, ó á algunos ministros. — Cédula, carta ú órden circular es cualquiera disposicion que se espide para que circule en toda una provincia ó en muchas. — Por real órden se entiende toda disposicion que comunica alguno de los ministros del Rei por su mandado. — Autos acordados son las leyes que con acuerdo del Rei establece su supremo Consejo. — Tales son las especies de derecho escrito que conocemos bajo el nombre general de lei, iguales en cuanto al origen, segun queda dicho; aunque sean diferentes las circunstancias de su publicacion. Véanse las *Inst. de Alvarez, tit. 2. del lib. 1.*

§. LIX y LX. pág. 71. lín. 15 y 16. (*No hai duda que son leyes los privilegios.*) — «.... é los privilegios decimos otrosí, que han fuerza de lei sobre aquellas cosas en que fueron dados.....» *L. 28. tit. 18. Part. 3,*

§. LXI y LXII. pág. 73. lín 2. (*Aquellos, los privilegios personales, son los que se dan á la persona.*) — « Dijeron otrosí, que los privilegios que son dados
« á algunos por razon de sus personas, que non pasan
« á sus herederos : fueras ende si en la carta ó en los
« privilegios lo dijere. » *Regl. 27. Part. 7.*

§. id. pág. id. lín 3 y 4. (*Estos, los privilegios reales, son los concedidos por cierta causa etc.*) — Tales son los concedidos á ciertas iglesias, ciudades y otros lugares. Véase la *glos. 1 de Gr. Lopez á D. reg. 27.*

§. LXIII. pág. id. lín. 11 y 12. (*solo el imperante concede privilegios.*) — Como que los privilegios son leyes, y estas en España no pueden ser dadas mas que por el rei, se sigue que solo este puede conceder privilegios. Véase la *L. 26. tit. 18. Part. 3.*

§. id. pág. id. lín. 18 y 19. (*al imperante pertenece establecer en qué términos etc.*) — « Onde decimos que
« privilegio de donadío de rei non lo debe ninguno
« juzgar si non él mismo ó los otros que reinaren
« despues de él.... » *L. 27. tit. 18. Part. 3.*

§. LXIV. LXV y LXVI. pág. id. lín. 30 y 31. (*tuvieron, los magistrados, facultad de proponer edictos.*) — En España los magistrados públicos, gobernadores de las provincias y otras justicias tienen facultad de estender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que están á su cargo ; y usan de esta facultad para poner en ejecucion alguna providencia del rei, ya para hacer observar las leyes que no están en uso, ó ya para corregir algun abuso introducido contra las leyes. *Alv. Inst. tit. 2. del lib. 1.*

§. LXXII. pág. 80. lín. 26 y 27. (*la costumbre se debe probar.*) — Para que la costumbre se considere introducida en España, se requiere el trascurso de

diez años, y la ciencia y consentimiento del rei que no la repruebe, y ántes la tenga por válida; y que ademas sea aprobada dicha costumbre por dos actos judiciales; bien que esto último, mas bien que un suplemento del primer requisito, se debe considerar como un modo de probar distinto. Véase la *Ilustr. de Sala* §. 10 y 11. *tit. 1. del lib. 1.*

§. id. pág. id. lín. 31 y 32. (*La misma es la fuerza de la lei que la de la costumbre.*) — « Fuerza mui grande ha la costumbre, cuando es puesta con razon, así como dijimos, ca las contiendas que los omes han entre sí, de que non fablan las leyes escritas, puédense librar por la costumbre que fue usada sobre las razones sobre que fué la contienda, é aun ha fuerza de lei.... » *L. 6. tit. 2. Part. 1.*

§. id. pág. 81. lín. 2 y 3. (*La costumbre que repugna á la recta razon es de ningun valor.*) — La misma doctrina se puede ver en la *L. 5. tit. 2. Part. 1.* donde dicen «.... la costumbre..... debe ser con derecha razon é non contra la lei de Dios, ni contra señoría, ni contra derecho natural, ni contra procomunal de toda la tierra del lugar do se face.... »

§. LXXVI. pág. 82. lín. 29. (*Es una cualidad el estado, en razon de la cual etc.*) — « Condicion ó manera, dice la *L. 1. tit. 23. Part. 4.*, en que los omes viven ó están. »

§. LXXXI al fin, pág. 87. — Tambien en España los hijos siguen la condicion de la madre en cuanto á la libertad ó servidumbre; y por consiguiente si la madre fuere libre, lo será tambien el hijo, aunque el padre viva en esclavitud: y basta que la madre lo sea, ó al tiempo de parirle, ó que lo hubiese sido algun instante miéntras llevase el hijo en el vientre. Todo lo cual se establece en la *L. 2. tit. 21. Part. 4.* conforme con lo que sobre este punto dispuso Justiniano en el §. 2. *Inst. de. his qui sui vel al. jur. sunt.*

§. XC al fin, pág. 90. Véase la nota al §. 81.

§. XCV. pág. 93. lín. 13 y 14. (*de cuántos modos se hace la manumision.*) — Sobre los modos de manumitir ó *aforrar*, segun el lenguaje de nuestras leyes, véase la *L. 1. tit. 22. Part. 4.*

§. CVIII y CIX. pág. 100. lín. 28 y 29. (*eran de tres maneras los libertinos.*) — En España ninguna diferencia se reconoce entre los libertinos ; su condicion es igual, y comun á todos ellos la denominacion de *aforrados* que les dan las leyes de Partida.

§. CXVIII y CXIX. pág. 107. lín. 1 y 2. (*si uno manumitia en testamento.*) — En España si los bienes del testador que instituyó por heredero á un siervo propio, no bastan para pagar las deudas y legados, cualesquiera bienes del instituido por heredero, aun los adquiridos despues de la muerte del testador, quedarán sujetos á la paga, segun la *L. 21. tit. 3. Part. 6.* Y aunque en la *L. 24. del mismo tit. y Part.* se concede al señor insolvente instituir por herederos algunos esclavos, esto no se ha de entender en el sentido de que los así instituidos puedan conseguir á un mismo tiempo la libertad, sinó solo en el concepto de que faltando uno, el otro que queda, se hace libre y heredero ; pues para que no se vulnere la fama del difunto, que es el fin de la lei, basta que exista un heredero.

§. CXXVI. pág. 110.—*Observacion que servirá para los tit. III. IV. V. VI. VII y VIII.* — En el dia es casi desconocida en España la servidumbre, y por consiguiente poco ó ningun uso tienen las leyes antiguas que tratan de esta materia, y que fueron hechas en tiempo de la dominacion mahometana, cuando por efecto de las continuadas guerras entre cristianos é infieles era grande el número de esclavos que se hacía. — Aunque la diferencia que respecto de los hombres libres establecían los romanos entre los ingenuos y

libertinos, no tenga uso en España, reconocemos otras divisiones, como el que unos son eclesiásticos, otros seculares ó legos. De los eclesiásticos unos son regulares, que han profesado en alguna religion aprobada; y otros seculares, que viven entre los legos sin estar ligados á ninguna religion por los tres votos. Además unas personas son nobles, otras plebeyas, unos son vecinos y otros transeuntes etc. etc. Cuyas personas, segun la clase ó categoría á que pertenecen, gozan de mui distintos derechos.

§. CXXXIII y CXXXIV. pág. 113. lín. 32 y 33. (*La patria potestad es, ó de derecho de gentes, ó de derecho romano.*) — En España la patria potestad de derecho civil se diferencia poco de la que concede el derecho de gentes. Esta es comun al padre y á la madre, sean legítimos ó ilegítimos los hijos, y no viene á ser mas que las obligaciones que la recta razon ha impuesto á todos aquellos que han dado el ser á otro, *L. 5. tit. 19. Part. 4.* Aquella compete al padre, *L. 2. tit. 17. Part. 4.*, así porqué es la cabeza de la familia, como porqué supone el derecho que es el que ha trabajado mas en lo formal de la educacion de sus hijos, y el que con su actividad los ha puesto en estado de producir utilidad, *L. 3. al fin, tit. 20. Part. 2.* Véanse las *Inst. de Alvarez, tit. 9. del lib. 1.*

§. CXXXVIII. pág. 116. lín. 19. (*esta potestad se extendía á los nietos y biznietos etc.*) — En España los nietos no están bajo la potestad del abuelo, por cuanto los hijos salen del poder de sus padres por medio del matrimonio; y no estando el hijo en poder de su padre, tampoco pueden estarlo los que descienden del mismo hijo. Mas para que la emancipacion de los hijos se verifique por el matrimonio, son necesarias las velaciones. Véase la *L. 3. tit. 5. lib. 10. de la N. R.*

§. CXLIV. pág. 119. lín. 28 y 29. (*Siendo pues tres*

los modos de adquirir la patria potestad etc.) — Los mismos modos se reconocen en España por la *L. 4. tit. 17. Part. 4. Arg. de las Ll. 1 y 2. tit. 17. Part. 4.* y la *L. 4. del mismo tit. y Part.*

§. CXLIX. pág. 123. lín. 24. (*que el varon sea púber.*) — Para que pueda contraerse matrimonio, debe el varon tener 14 años y la hembra 12, á no ser que estén mui próximos á esta edad, de manera que pudiesen juntarse carnalmente, *L. 6. tit. 1. Part. 4.*

§. CL. pág. 124. lín. 7. (*entre los esclavos no había nupcias.*) La *L. 1. tit. 5. Part. 4.* reconoce matrimonio entre los siervos.

§. id. pág. id. lín. 17 y 18. (*que los hijos no contrai-gan matrimonio sin el consentimiento del padre etc.*) — La *L. 18. tit. lib. 10. Nov. Recop.* dispone que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, puedan contraer matrimonio sin licencia de su padre. Los hijos que han cumplido 25 y las hijas que han cumplido 23, no necesitan pedir al padre su consentimiento. La autoridad del padre, faltando este, pasa á la madre; pero entónces la libertad de los hijos para casarse viene un año ántes. Esta autoridad va pasando progresivamente al abuelo paterno, al materno, al tutor y al juez del domicilio, disminuyéndose á proporcion el número de años suficientes para no ser preciso consentimiento; segun mas por menor se esplica en dicha lei.

§. CLI. pág. id. lín. 27 y 28. (*entre ciertas personas se prohibían las nupcias.*) — En España respecto de las personas entre quienes está prohibido contraer matrimonio seguimos el derecho canónico, igualmente que sobre otros varios puntos concerrnientes á su valor. Así que, ademas de la prohibicion en infinito en la línea recta, la reconocemos tambien hasta el cuarto grado inclusive de la computacion ca-

nónica en la trasversal ó lateral, tanto en afinidad como en consanguinidad, con tal que aquella nazca de matrimonio, porqué si proviene de ilícito ayuntamiento no pasa del segundo grado la prohibición. El matrimonio rato y los esponsales válidos producen impedimento entre uno de los contrayentes y los cognados del otro; cuyo impedimento se llama *de pública honestidad*, y llega al cuarto grado en el matrimonio, y al primero solamente en los esponsales. Por último, el *parentesco espiritual* procedido del bautismo, solo se estiende al bautizado, á su padre y á su madre por una parte, y al bautizante y al padrino por la otra; lo cual se aplica tambien á la confirmación. Véase el *Conc. Trid. ses. 24. cap. 2.* y los dos sig. de *reform. matr.*

§. CLXIV. pág. 132. lín. 25 y 26. (*si uno se casase contra lo dispuesto por estas leyes etc.*)— Segun el *Conc. Trid. ses. 24. de refor. matrim.* son nulos los matrimonios clandestinos, esto es, los que se contraen sin la asistencia del propio párroco, ú otro sacerdote con su licencia ó la del ordinario, y dos ó tres testigos. Además, todos los bienes de los que faltando á esta regla contraen matrimonio clandestino y los que intervienen en él, se confiscan, y á todos se impone la pena de destierro de estos reinos; y es causa de desheredación, segun todo se establece en la *L. 5. tit. 2. lib. 10 de la Nov. Recop.*

(*Pág. 138, al fin del tit. X.*) Casi toda la doctrina de Heinecio acerca de la legitimación, está fundada en un principio erróneo; á saber, en cierta *ficción retroactiva*, por la cual, segun el autor, se supone que los hijos ilegítimos han nacido de legítimo matrimonio, ó lo que viene á ser lo mismo, se finge haberse ya contraído el matrimonio desde el tiempo en que nacieron los hijos ilegítimos; de donde resulta parecer

estos procreados despues de contraido aquel. La falsedad de este principio está demostrada por varios sabios interpretes, y entre otros por Justo Heningio Boehmero en una disertacion particular sobre la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito ayuntamiento; en la cual, echando á un lado este jurisconsulto los comentarios vulgares de los intérpretes, expone exactamente las diversas disposiciones, tanto del derecho civil como del canónico, acerca de la legitimacion, haciendo ver que esta no necesita de dicha ficcion retroactiva, sinó que tan solo es un mero efecto del matrimonio, cuya virtud es tan grande que los engendrados ántes de él, despues de contraido se reputan por legítimos. Por lo cual hemos creido dicha disertacion digna de traducirse y agregarse á la presente edicion de las *Recitaciones*, para que los principiantes puedan comparar ambas doctrinas, la de Heinecio y la de Boehmero, que nos parece preferible, é ilustrarse sobre un punto tan importante.

DISERTACION

DEL CÉLEBRE JURISCONSULTO

JUSTO HENINGIO BOEHMERO

*sobre la legitimacion de los hijos nacidos de ilícito
ayuntamiento.*

I. Al modo que la *proceacion de los hijos* (*), en cuya educacion funda sus esperanzas la patria, es el fin á que se dirigen los matrimonios; así en el *estado civil*, en que tan cuidadosamente se atiende á la integridad de las familias, á la perpetuidad de cada tronco, y al lustre de cada casa, el principal fruto de ellos es la generacion de una *legítima prole* que á su tiempo pueda suceder á sus padres, y conservar su nombre y memoria, segun aquel dicho vulgar de que *los padres en cierto modo viven en sus hijos* (**). Interesa empero tambien á la república que la generacion de estos sea cierta, y que no quede á los padres duda alguna sobre su *legítimo nacimiento*; para el logro de cuyo fin se han inventado en el *estado civil* de muchas naciones ciertas formalidades por cuyo medio deben los matrimonios contraerse solemne y legítimamente, de tal manera que el nacido de semejante sociedad, contraída segun las leyes prescritas, se haya de reputar por *legítimo*, esto es merecedor de los derechos, comodidades y privilegios de *hijo* (***), y que los demas procreados

(*) Los hijos son la honra de los padres y la prolongacion de su vida.

(**) En cuanto es legítimo su nacimiento.

(***) Con los ilegítimos no se cuenta.

fuera de esta sociedad, cuando repugna á las leyes ó carece de las solemnidades prescritas, se hayan de mirar como *ilegítimos*, es decir, como indignos de disfrutar los derechos de los hijos legítimos. Así se observó escrupulosamente en la república romana, y en el *derecho civil* se establece que aquel será considerado como padre, á quien designen por tal nupcias legítimas, y como hijos *legítimos* aquellos que nacen mediando legítimo matrimonio, *L. 5. ff. de in jus. voc. L. 6. de his qui sui vel alien. jur. sunt.* Además también concede á los hijos legítimamente nacidos muchos derechos, que aquellos que nacen *fuera de matrimonio* no pueden reclamar (*). Por esta razón se vió con frecuencia á los padres solicitar que estos derechos de los legítimos se estendiesen á los ilegítimos, hasta conseguir por fin para ellos el beneficio de la legitimación, á la verdad muy restringido al principio, pero que poco á poco se fué aumentando, y adquirió todavía mas estension por el derecho canónico. Mas como á pesar de esto los intérpretes del derecho se dividen sobre este punto en distintas sectas, restringiendo unos y coartando la legitimación, y estendiéndola otros á algunos hijos nacidos fuera de matrimonio (**), trataré yo de investigar si en la práctica y uso forense se deben poner á la legitimación algunos límites, y cuáles sean estos; disponiendo mi doctrina, en cuanto me sea posible, según el mejor orden conveniente.

II. (***) Cuán digna de meditarse escrupulosamente sea esta doctrina, lo manifiestan á cada paso

(*) A no ser que se hagan legítimos por medio de la legitimación.

(**) La cual se va á examinar atendiendo al uso actual.

(***) Escritos que tratan la doctrina de la legitimación.

los jurisconsultos que la han exornado con varias eruditas observaciones. Entre otros merece una mención particular la *disertacion* de Tomasio *sobre el uso práctico de la doctrina de la legitimación*, en que manifiesta con especial tino el origen, progresos y vicisitudes de esta doctrina. Acerca de la *legitimación por subsiguiente matrimonio* trata también en una disertación particular el jurisconsulto Lauterbaquio, adhiriéndose tenazmente á las disposiciones del derecho civil para influir de este modo todo lo posible en el *uso forense*. Asimismo Francisco Hotomano compuso un tratado especial sobre los *espurios y legitimados*, que se halla en el *tomo I* de sus obras, *pág.* 519, ilustrándole según su costumbre con eruditas observaciones, aunque sin embargo se contiene dentro de la esfera del derecho civil, sin abrazar todo el campo que yo me he propuesto. Mas útil á mi objeto fué Francisco Sarmiento, quién en el *lib. 1. select. interpret. c. 5, 6, 7 y 8*, examina la *legitimación* de todos los ilegítimos, bien que su doctrina contiene algunas ambigüedades. Francisco de Amaya en el *lib. 1. ob. jur. civ. cap. 4*, se propuso la esplicación de cierto tema que puede facilitar algún auxilio al que tratá de meditar esta doctrina. Mas luminosas son las ideas que se encuentran en Desiderio Heraldo, *lib. 1. rer. et quæst. juris quotidian., cap. 1. y sig.*, donde habla de la diversa condición de los *ilegítimos*, y *cap. 4*, en el cual expone con admirable solidez la doctrina de la *legitimación*. A él se debe finalmente agregar, por no citar ahora otros, Basilio Ponce, que en su tratado *de matrim. lib. 11.* expone los preceptos y máximas *del derecho canónico* con el mayor acierto y claridad.

III. (*) Viniendo ahora á la materia que me he pro-

(*) Los hijos son ó legítimos ó ilegítimos.

puesto tratar, se ha de saber que los hijos son por derecho civil y canónico, ó *legítimos* ó *ilegítimos*. Aquellos no necesitan *legitimacion*, mas sí estos, como que les están negados los derechos de *hijos legítimos*. (*) Aunque la condicion de los ilegítimos era varia por derecho *civil*, pueden no obstante reducirse cómodamente á dos clases: la de los procreados de ayuntamiento *licito*, pero *ménos legítimo*; (**) y la de los nacidos de *concubito* enteramente *prohibido* por las leyes. Aquellos se llamaban naturales, por deber su origen á una *union natural*, contraida por causa de matrimonio, bien que destituida de los efectos civiles. A esta seccion pertenecía: I. (***) el *contubernio de los esclavos*, los cuales antiguamente se unían entre sí por un *enlaze natural*; mas como por derecho civil no son reputados por personas los siervos, los efectos de los hijos legítimos no recaían en los nacidos del contubernio de los esclavos, ni aun estaban estos bajo la potestad de los padres naturales, sinó de los señores. Por decirlo en breves palabras; *estaban dentro de los límites de la naturaleza, pero fuera de los límites del derecho*, segun la frase de *Heraldo, cap. 1. §. 19. del lug. cit.* En este sentido la hija del siervo Panfilio, por nombre Panfilia, se llama *natural* en la *L. 88. §. 12. ff. de legat. 2*, dándose tambien al padre igual título de *natural*; sobre lo que añade el jurisconsulto: «*porque tambien se creen comprendidos bajo la denominacion de hijos los descendientes naturales engendrados en esclavitud.*» II. (****) *Los hijos tenidos de concubina*. En efecto, desde que la lei *Julia y Papia*

(*) Estos ó son naturales.

(**) O nacidos de cóito prohibido.

(***) Son naturales los procreados en el contubernio de los siervos.

(****) Los nacidos de concubina.

dió por honesto el *concubinato*, según dice *Marciano* en la *L. 3. §. 1. ff. de concubin.*, este comercio, que venía á ser una especie de *matrimonio natural*, quedó por lo mismo aprobado, y los hijos nacidos de él se llamaron *naturales*, por tener el *concubinato* mucha relacion ó semejanza con el *contubernio*, hasta el punto de dársele esta denominacion, *L. 5. C. de natural. lib.*, donde dice: *electo contubernio*. *Suetonio, Vespas.*, *cap. 3. n. 4.*, nos dice, que « *Vespasiano*, despues que « *murió su esposa*, elevó á *Cénide*, liberta de *Antonia*, « á quien hacía tiempo miraba con pasion, desde la « *clase de dependiente suya al contubernio*, y la tuvo « *en el mismo aprecio que si fuera su mujer legítima*. Porqué es de saber que aquellas personas que por la *lei civil* no era lícito tomar por esposas *legítimas*, era permitido tenerlas en *concubinato*, con tal que el varon careciese de mujer legítima y fuese célibe, hasta que fuese condenada en juicio público *l. 1. §. 2. D. de concubinis*; la ramera que había puesto su cuerpo á ganancia, *L. 14. D. de ritu nupt.*; la liberta, *L. 2. D. de concubinis*; la mujer de una provincia unida con aquel que en ella desempeñaba algun oficio público, *L. 57 y 63. D. de ritu nupt.* Algunas veces tambien aquella que pudiendo ser mujer legítima, estaba amancebada con su amo por ser su criada, y á influjo de un nuevo amor se reputaba despues por su verdadera esposa, *L. 13. §. 6. C. ad l. Jul. de adulter.* (*) Otra clase de ilegítimos comprende los nacidos de cóito ilícito y torpe, y consigo lleva crimen. Se llaman *espurios*, habidos del vulgo los que no pueden manifestar padre, y son los nacidos de prostituta, cuyo padre pertenece al pueblo ó al vulgo; y aquellos que pueden enseñar padre; aunque no el que pueden tener, según

(*) Nacidos de concubina.

dice Modestino en *L. 23. D. de statu hominum*, cuales son los habidos de estupro, adulterio ó incesto, y de otro cualquier cóito que encierra crimen público y algun acto prohibido por la lei. El nacido de una meretriz se reputaba tambien por de torpe ayuntamiento; pero sin estar sujeto á pena alguna legal, por cuanto la fornicacion no era absolutamente prohibida, *L. 4. §. 3. D. de conduct. ob. turp. causam.*

IV. Todos los nacidos de ilícito ayuntamiento eran de inferior condicion á los naturales, con quienes se comparaban. Dice Justiniano en *Nov. 89. c. ult.* « todo el que naciere de uniones sacrílegas, incestuosas y reprobadas, ni se puede llamar hijo natural, ni debe ser alimentado por sus padres. » Observa Heraldo, *lib. 1. quæst. jur. quot. c. 3. §. 6.*, que estas palabras designan solamente los nacidos de matrimonio, pero ha de ser sacrílego, incestuoso y condenado por las leyes, lo que es admisible segun la cláusula de la lei referida; pues nada impide que se digan nacidos de punible ayuntamiento los que fueron concebidos en estupro, adulterio, ó de otro cualquier cóito reprobado por las leyes, una vez que se contaban entre los crimenes públicos por la lei Julia el estupro y el adulterio, *Conf. c. 4. X. qui filii sunt legit.* Aquí se comprende tambien por derecho canónico y civil la union con monje ó monja, porque ambos matrimonios están prohibidos y tenidos por sacrílegos por causa del voto de castidad; ó si el clérigo de órdenes mayores viviese habitualmente con una mujer en clase de concubina, lo que está prohibido por derecho canónico, y reputado por delito, *t. X. de concub. cleric. et mulier.* De tal modo está prohibido á los clérigos ordenados *in sacris* el matrimonio, que aunque lleguen á contraerle, no se reputa por matrimonio, sinó por amancebamiento, *Sus. c. 4.*

X. *de cleric. conjug.*, y por lo mismo los hijos habidos de ellos se tienen por ilegítimos, iguales á los espúrios.

V. Ya se ha examinado bastante lo establecido por el derecho civil acerca de la legitimacion de los hijos naturales, y aun no se ha hecho de lo que prescribe el derecho canónico con respecto á la legitimacion de los que nacen de punible ayuntamiento. Al hablar de esta, solo se procura saber si los diversos modos de legitimar que están en práctica hoi, por ejemplo, por subsiguiente matrimonio, por rescripto del príncipe, les comprende tambien, de suerte que sean reputados por legítimos, al ménos para los efectos de suceder. Hablo del derecho del dia, ó de aquel que se observa en nuestros tribunales, y que no sigue tanto las huellas del derecho romano como los principios del derecho canónico, diverso de aquel en muchas cosas, particularmente en materia de matrimonio, y que es aplicable á mil casos que ocurren en el foro. Si hubiese de decidirse esta cuestion por derecho romano, no hai duda que se debe negar, segun se pasa á demostrar en pocas palabras.

VI. Eran desconocidos ántes de Constantino el Grande los modos de poder los padres hacer legítimos los hijos habidos fuera de matrimonio justo, segun nos refiere Justiniano en la *Novell.* 117. §. 2. Ni aun los hijos naturales, introducidos los modos de legitimar, pasaban al estado de legítimos á no ser arrogados, consintiendo libremente en este acto; los hijos naturales que se oponían, no quedaban bajo la patria potestad, segun Modestino en la *L. 11. D. de his qui alieni vel sui juris sunt.*

No era dura ni sensible semejante condicion á los hijos naturales, que desde su nacimiento estaban exentos de toda infamia y mancha legal, y era mejor

en mucho que la de los legítimos, según demuestra *Sv. Merccier, lib. 2. opon. c. 8. (tom. 1. thesaur. jur. rom. p. 1595)*. A lo ménos eran señores de sí, lo que en el derecho se llama *sui juris*; Pero los legítimos estaban sujetos á otros, ó eran *alieni juris*; cuyo estado había decaído tanto entónces, que estaban escluidos del comercio y del ejercicio de los derechos de ciudadano romano como tales. Aquellos le gozaban en toda su estension, porqué eran ciudadanos romanos y *sui juris*, en todo lo que conservaban una gran prerogativa y honor. Por el contrario, los hijos de familia en mui poco se diferenciaban de los esclavos. El padre tenía sobre ellos derecho de vida y muerte, *L. 11. D. de lib. et posth. hered. custod. L. 10. C. de patr. potest.* Podía venderlos ó alquilarlos en caso de necesidad, y aun darlos en prenda, *L. 5. ff. quæ res pig. §. ult. inst. de nox act.* Además todo cuanto adquirirían era para sus padres; por manera que podía disponer de ellos á su arbitrio; y muerto abintestato, sus hijos estaban obligados á repartir en iguales partes la herencia, aun lo adquirido por sí, *§. 1. Inst. per quas pers. cuique acquir. pr. Inst. de his qui test. fac. possunt.* Eran de mejor condicion en esto, porqué eran herederos de sus padres, y aun en vida de estos eran en cierto modo dueños de los intereses paternos, *§. 2. Inst. de her. qual. et deff. §. 5. Inst. de success. ab intestato.* No así los naturales: pero podían obviar este inconveniente, por no estar prohibido á los padres por derecho antiguo instituirles por herederos en testamento, y aun veían compensado este inconveniente con el beneficio de adquirir para sí, con el de poder hacer testamento, y con el goze de las demás prerogativas de ciudadano romano.

VII. No era, pues, tan interesante como se cree á los hijos naturales el legitimarse ó el concederles el

beneficio de la legitimacion como se dice vulgarmente. Mas era en beneficio de los padres que los sujetaban á su potestad, lo que deseaban con ansia aquellos padres que carecían de otros hijos. Constantino fué el primero que fijó un modo de legítimar los hijos naturales, ó los habidos de concubina, no otro alguno, contrayendo matrimonio despues con ella; Zenon nos recuerda esta lei de Constantino en la *L. 5. cod. de natural. lib.*, y dice: « Renovando la respetable
 « sancion del gran Constantino, que consolidó el imperio romano con la fe católica, acerca de poder tomar por esposas á las concubinas ingenuas, y de tener por legítimos los hijos habidos de ellas, ántes ó despues de contraido el matrimonio, mandamos etc.» Dice Heraldo, *lib. 1. quæst. jur. quot. c. 4. §. 1.*, que deben notarse dos cosas: y es la primera, que el emperador por esta constitucion, ya instruido en las verdades del cristianismo, quiso indirectamente debilitar y abolir el concubinato, y atraer los ciudadanos al lícito y justo matrimonio: la segunda es, que esta constitucion no fué lei general, sinó que se dió solo para aquellos que habían tenido hijos de concubina ántes de su promulgacion, no para los que nacieran despues lo que tambien observó Godofredo *ad l. 1. cod. Teod. de natural. lib.* Lo primero se demuestra porqué hubiera encontrado un modo de reducir á justo matrimonio el concubinato: se habría hecho tan frecuente el concubinato, que se tomarían por mancebas aquellas que pudieran ser despues esposas, como eran primeramente las ingenuas de escasa fortuna, de las que habla Zenon en la *L. 5.* ya citada. Por lo mismo quiso mover á los padres, que eran mas gustosos de tener hijos legítimos que naturales, con este beneficio, para que del amancebamiento hicieran un verdadero matrimonio, y á los hijos ya nacidos legítimos y here-

deros suyos. Además, para que no los instituyesen herederos en testamento, despreciando el beneficio del matrimonio, restringió y redujo mucho el derecho de heredar, según testifica la *L. 1. Cod. Teod. de natural. lib.* Para conseguir dicho fin más prontamente parece que la dicha constitución se entiende de los que habían nacido, para no favorecer el concubinato estableciendo una permisión general de legitimar.

VIII. Lo mismo quiere dar á entender Zenon en la lei citada: « y comprende solamente á aquellos que
 « antes de su promulgacion tuvieron hijos de mujeres
 « ingenuas sin preceder matrimonio, y sí un pensado
 « amancebamiento. Estos, prosigue, que al tiempo de
 « sancionarse aquella sacrosanta constitucion, no tu-
 « viesen sucesion alguna de concubinas con quienes
 « lícitamente podían contraer matrimonio, de ningun
 « modo gozan del referido beneficio, pudiendo entón-
 « ces ya reunirse con ellas por matrimonio, no te-
 « niendo otros hijos ó mujeres legítimas, y engendrar
 « hijos legítimos á la sombra de las nupcias que hu-
 « biesen contraido.»

Juzgó indignos de este beneficio á todos los que en lo sucesivo prefiriesen el concubinato al matrimonio, lo que es seguro indicio de que el emperador ha querido disminuir el uso del amancebamiento, para inculcar mejor á los ciudadanos la utilidad del matrimonio. Estaba tan introducida la costumbre de tener concubinas más bien que legítimas mujeres, que los emperadores creyeron no era oportuno abolirla de un golpe, sino por grados. La prudencia legal aconseja que cuando los legisladores no se hallen con suficiente fuerza para cortar ciertos males de un golpe, que los vayan disminuyendo de tal modo, que sus súbditos espontáneamente se separen de ellos con los beneficios que les presentan. En el año de 508 Atanasio procuró con iguales providencias disminuir el concubinato,

L. 6. cod. de natural. lib., sancionando que fuese permitido legitimar y reducir á la patria potestad los hijos habidos hasta entónces de mujer que hacía veces de esposa, y los que tuviere de ella misma por subsiguiente matrimonio : añadió no obstante, *que cualquiera que en lo sucesivo tuviese en lugar de esposa una mujer semejante, otorgados los instrumentos matrimoniales, se observará igual formula con su prole:* cuyas palabras son demasiado generales, y pueden entenderse generalmente del consorcio contraído con la concubina en cualquier tiempo, y aun de los hijos habidos despues de la publicacion de esta lei. Lo mismo estableció Justino en la *L. 7. cod. de natur. lib.*, en el año de 519, para aclarar la lei de Atanasio, y manifestar que ella no sancionaba una forma perpetua de legitimar; dice : « La lei de Atanasio, de divina « memoria, promulgada acerca de los hijos naturales, « permitimos valga solamente en los casos que han « sucedido hasta aquí, segun su mismo contesto, en fa- « vor de los matrimonios contraídos, ó que despues « se contrajeren (á saber, despues de publicada la lei « de Atanasio), para legitimar los hijos nacidos hasta « aquel tiempo de concubina.» Quiso pues, el emperador precaver que los medios empleados para abolir el concubinato no sirviesen para promoverle, lo que sucedería indirectamente siempre que se dejara á los padres concubinarios una forma perpetua para legitimar; porqué en la esperanza de un futuro matrimonio, si tuviesen por conveniente gozar de este beneficio, podían vivir y propagarse con seguridad en el concubinato. Sin duda estas miras tuvieron presentes los emperadores para conceder á los padres concubinarios este beneficio limitado y temporal, privándoles de la esperanza de poder legitimar en lo sucesivo, y reducirles así á contraer legítimo consorcio. Todavía hizo otra nueva declaracion el emperador : *Para que no se*

creyese que se había atentado á los habidos de una union criminal é incestuosa. Semejante matrimonio era irrito, y aunque no se rescindiese, no surtía los efectos, ni gozaba los beneficios de la lei, porqué los padres habían delinquido contra las leyes, lo que no sucedía en el simple concubinato. Ultimamente, para manifestar con mas claridad su intencion puso esta cláusula : « En lo sucesivo sepan todos que solo por medio de legítimo matrimonio tendrán posteridad legítima; » como si no hubiese sido dada la pragmática para borrar á los concubinarios toda esperanza de acogerse á este beneficio.

IX. Justiniano no se contentó con esto, *L. 10. cod. de natur. lib.*, sinó que les concedió un modo perpetuo de legitimar, por manera que pudiesen gozar siempre de este beneficio, y á su sombra continuasen en el concubinato hasta que les pareciese conveniente trasformarlo en matrimonio : un poco oscuro se esplicó segun acostumbraba.

« Cuando alguno hubiese tenido hijos de mujer libre, que pudiera pasar á ser esposa suya sin impedimento legal, y con la que cohabitase no habiendo otorgado la escritura dotal « (*la concubina, segun lo demuestra la lei siguiente*); « y despues á consecuencia de la misma pasion llegase á casarse con ella y « tuviese otros hijos; pudieran los últimos hijos que « han nacido despues de la dote, atreverse á reclamar « todo el patrimonio paterno, por ser los nacidos de « verdadero y legítimo matrimonio, y querer despojar de la herencia paterna á los hermanos que han « nacido despues de la dote » (*ó de concubinato, que era permitido por las leyes antiguas, en que se dispensaba á los padres el beneficio temporal de la legitimacion*); « pero nosotros creemos que no debe tolerarse « semejante iniquidad: » Parece que con esto quedaba resuelta la cuestion; mas el mismo Justiniano añade

luego esta cláusula ambigua : « Porqué no es verosí-
 « mil que el mismo que le ha señalado una donacion
 « ó la dote, no haya profesado á aquella mujer desde
 « el principio un amor que la hiciese digna de llevar
 « el nombre de esposa suya. » Por esta misma ra-
 zon parece que no se trata aquí de la concubina ,
 sinó del caso dudoso en que se ignore, si el ma-
 rido ha elegido el concubinato ó el matrimonio, que
 mui bien podía contraerse por solo el consentimiento
 sin necesidad de dote , segun lo había establecido
 Justiniano en el año anterior, *L. 11. cod. de repud.*
 La palabra costumbre ó *consetudo*, que desde el prin-
 cipio usa el emperador, es ambigua, y puede apli-
 carse al concubinato como al matrimonio legítimo,
 aunque en caso de duda se juzgue contraido ya. En
 su tiempo ya nos enseñó Modestino, *L. 24. de ritu
 nupt.*, que el consorcio de una mujer libre en caso de
 duda se debe reputar por legítimas nupcias mas bien
 que por concubinato. Así se hubiera entendido la lei
 antecedente á no habérsela explicado mas claramente
 el emperador, *L. 11. C. de ritu nupt.* « Poco hace pro-
 « mulgamos una lei, en la que se manda que si alguno
 « estuviere con mujer en conjuncion, esto es, en aman-
 « cebamiento, sin manifestarla desde el principio
 « afecto marital; si con la misma con quien podía en-
 « lazarse legítimamente aumentando su afecto otor-
 « gase instrumentos matrimoniales, y tuviese hijos des-
 « pues etc.» Triboniano previó que la antecedente lei
 estaba concebida en términos ambiguos y capciosos,
 motivo porqué nos esplicó su sentido, disolviendo la
 duda que encerraba por medio de la siguiente declara-
 cion : « Cualquiera que pusiese preñada á la mujer que
 « tenía en su compañía, si en este estado ó ántes de parir
 « contrajese matrimonio y naciese hijo ó hija, era
 « prole legítima para los padres. » Así el beneficio ge-
 neral concedido á los concubinarios, y esta costumbre

de legitimar que los antiguos Césares habían cuidado de restringir en lo posible, se amplió despues, dando ocasion de aumentarla y de duplicarla. El mismo Justiniano, *Novell. 18. c. 11.*, nos inculcó despues el sentido de las dos leyes, añadiendo que su doctrina debía hacerse extensiva á las libertas tenidas hasta entónces en amancebamiento, cuando el emperador había solo hablado de las mujeres ingenuas, *L. 10. cit.* No bastó esto; algunos suscitaron otras dudas acerca de estas leyes, queriendo restringirlas á los hijos nacidos ántes de su promulgacion, privando de su beneficio á los engendrados despues. Esta disputa la dirimió en la *Nov. 19.* Lo que antes había sancionado acerca del subsiguiente matrimonio de las libertas, lo amplió en la *Nov. 78. c. 3 y 4.*, haciendo tan extensivo el uso de la legitimacion, que los hijos habidos de esclava, que despues de manumitida fuese elegida por esposa, habían de reputarse por legítimos sin necesidad de nueva manumision. Ultimamente en la *Nov. 89. c. 8.* confirmó los anteriores decretos, y en cuanto pudo manifestó otros muchos medios, permitiendo á los que tenían concubinas, para que los hijos tenidos en semejantes consorcios pasasen con la mayor facilidad al estado de legítimos por cierta imaginaria equidad que juzgó debía dispensarse á los legítimos, sin hacerse cargo que así afirmaba el concubinato y las uniones tan indecorosas, y aun mas olvidandose de que las promovía. Véase la citada disertacion de B. Tomasio, en donde indica con bastante difusion las dudas y oscuridad de estas leyes, cuyo sentido quise explicar en pocas palabras.

X. De aquí se colige con todo que solamente pasaron al estado de legítimos los hijos cuyos padres podían vivir en legítimo matrimonio, y le contraían despues de abandonar el concubinato.

Los habidos de nupcias prohibidas, aunque de hecho se hubiesen contraído, ó los engendrados fuera de matrimonio, de cóito facineroso y criminal que repugna el matrimonio entre sus padres, no pueden ser legítimos, porque sería nulo el matrimonio, aunque de hecho se contrajese, y no produciría ningún efecto. Supóngase un hijo procreado de adúltera, ó de parienta en grado prohibido, y que después se case la adúltera ó la parienta, ninguna influencia tiene el matrimonio, y aunque no se rescindiese, siempre quedaba nulo. Semejantes enlaces parece que los ha excluido Justiniano á primera vista en la *Nov. 74. c. 6.* y *Nov. 89. c. 15.*; pero no aquellos que no están prohibidos, aunque sean distintos del legítimo matrimonio. De donde sucede que los intérpretes acostumbra acogerse á las ficciones legales, para sentar que el subsiguiente matrimonio debe retrotraerse, y suponer por una ficción que desde el tiempo del consorcio hubo legítimas nupcias entre los que después se unen y consienten en legítimo matrimonio. Por otra parte establecen que la legitimación no puede tener efecto sino entre personas á quienes era lícito desde el tiempo del concubinato pasar y vivir en matrimonio; por manera que si en este tiempo tuviesen impedimento, ni el matrimonio contraído después podía surtir su efecto, aunque en aquel entonces pudiera efectuarse según derecho; porque según dicen, en las ficciones traslativas se requiere que los extremos sean hábiles; y por tanto como en el tiempo de la concepción hubiese impedimento, la lei no puede fingir que en este tiempo se ha contraído verdadero matrimonio; pues para formar esta ficción era necesario que persistiese la posibilidad, según el sentir de *Franc. de Amaya, lib. 1. obs. 4. n. 2 y 3.* *Alteserra, tr. de fiet. jur. c. 9.* *Lauterbach. de legitim. per sub-*

sequens. matrim. §. 32. Sarmiento, lib. 1. select. interp. c. 5. n. 10. Fachimeo, lib. 3. controv. c. 3.

No discrepan mucho de este parecer los que quieren la aptitud en el tiempo del nacimiento por la *L. 12. in fin. C. de natural. lib.*, en donde define generalmente el emperador, que en todas las cuestiones que se suscitaren, y haya duda acerca del estado de los hijos, no se atienda al tiempo de la concepcion, sinó al del parto; lo que esplica difusamente Amaya, *cit. l. n. 5.* Pues los que presentan estas razones se apoyan en la ficcion retroactiva, y niegan pueda haber matrimonio entre las personas que tenían impedimento de poder contraerle al tiempo del parto, aunque despues se hiciesen hábiles. Por lo que infiere Amaya en el lugar citado *n. 18.* Que si el pontífice dispensase que el matrimonio inválido por causa de impedimento se vuelva á contraer otra vez, es cierto que esta dispensa no se estiende á hacer legítima de modo alguno la prole habida ántes de ella.

XI. Para que de una vez salga de la oscuridad esta doctrina, y resplandezca con todo su brillo, debe observarse, primero: que por derecho antiguo sucedía algunas vezes que el matrimonio no era ilegítimo, pero lo era despues; en cuyo caso no quedaban legítimos los hijos habidos ántes del matrimonio, así como lo quedaban los engendrados despues. Para que el matrimonio fuese legítimo, debía preceder el consentimiento del padre bajo cuya potestad se hallaba, por manera que aun debía intervenir, *pr. inst. de nupt.*, y se suplicaba cuando se renovaba el casamiento, *L. 18. de R. nupt. l. 7. C. eod.* Y de tal manera era necesario que precediese á las nupcias, que solo se juzgaban legítimas desde el momento en que el padre las rectificaba con su aprobacion, *l. 13. §. 6. in fin. D. ad l. Jul. de adult. coerc.*; y los hijos tenidos ántes permanecían ilegítimos, *L. 5. cod. de nupt. l. 68. D.*

de jur. dot. Del mismo modo cualquiera podía tomar por esposa la que había tenido por mucho tiempo en concubinato, lo que no aprovechaba á los hijos tenidos ántes. *L. 13. §. 6. ad l. Jul. de adult.* Era tambien ilegítimo el matrimonio que contrajese el majistrado, consintiendo la mujer, durante su mando en una provincia; pero si despues, dejando el empleo ó cesando en él persistía en el mismo propósito, se hacía legítimo, y por lo tanto todos los hijos habidos se juzgaban como de legítimo matrimonio, *L. 6. C. de nupt.* segun el parecer de Paulo en *l. 65. §. de rit. nupt.*

XII. Por quanto era válido el matrimonio despues, y legítimos los hijos, los jurisconsultos siempre estuvieron dudosos acerca del tiempo, afirmando los unos que debía contarse desde el nacimiento, otros desde la concepcion. Paulo aseguraba el segundo extremo, *l. 11. De stat. hom.*, pues dijo: « que si viviendo el padre, é ignorando el casamiento de su hija, esta concibiese, aunque naciese el hijo despues de la muerte del abuelo no parece ser legítimo para aquel de quien ha sido concebido. » Otro caso nos ofrece Ulpiano en *l. 27. D. de rit. nupt.*, en el que tambien puede moverse duda. « Si algun senador tuviere por mujer á una libertina, aunque no sea por entónces legítima, lo principiará á ser siempre que perdiese la dignidad de senador. » ¿Será, pues, legítimo este hijo concebido entónces, y dado á luz desde que perdió el empleo de senador? Responde el mismo *tít. 5. fragm. §. 10.* « En todos los que nacen de matrimonio contraido segun derecho se mira al tiempo de la concepcion, añadiendo que por lo que toca á la libertad debe atender al tiempo del nacimiento ó del parto, lo que corrigió el emperador al *§. un. inst. de ingen.* » Por lo cual tenían sumo cuidado para fijar el término cierto y legal, y saber si ha-

bía sido concebido ó no en aquel momento en que podía verificarse el matrimonio entre los cónyuges. Seguían en esto la autoridad del sabio Hipócrates que asegura que al sétimo mes ya nace perfecto el feto, y por lo mismo dice Paulo en *l. 12. D. de statu hominum*; « se debe creer que el hijo nacido al sétimo mes de legítimo matrimonio, es legítimo. » Figurémonos que un hijo de familia haya contraído matrimonio sin el consentimiento de su padre, pero que después de algunos años ha consentido, y desde entonces tuviese un hijo nacido siete meses después del consentimiento, se pregunta: ¿sí sería legítimo, ó si se debía reputar por concebido después que el matrimonio se hizo legítimo? Lo asegura Paulo de tal suerte, que si naciese á los 182 días, se tendría por nacido en tiempo legítimo, aunque pareciese que no había sido concebido en el referido tiempo, en que la madre no podía aun ser legítima esposa, *L. 3. §. 12. D. de suis et legit. hered.* De aquí se coligen dos cosas. Primera: que siempre fué dudoso este término, y tuvo uso primeramente cuando se ignoraba si había sido concebido ó no en el tiempo en que el matrimonio principiaba á ser legítimo. Lo segundo, que el sentir de los que opinan deba mas bien atenderse al tiempo de la concepcion que al del nacimiento, fué abrazado por muchos, afirmándose tambien por el rescripto de Divo Pio. *L. cit. 3. §. 12.* Discordes entre sí los jurisconsultos por espíritu de partido y amor á la secta á que pertenecían, solían decidir por los rescriptos auténticos de los príncipes las doctrinas legales, por cuyo motivo recurrían frecuentemente á ellos cuando querían dar mayor peso á sus decisiones. Justiniano nos hace ver cuán contrarios fueron sobre el particular los pareceres, *L. 11. in f. C. de natur. lib.*; y al mismo tiempo se separa

del dictámen de los que acabo de referir. « Definimos
 « por regla general y reducimos á una decision cierta
 « todo lo que en semejantes casos variase : en que to-
 « das las dudas que ocurriesen en los casos de cuestion
 « acerca del estado de los hijos , que se atienda al
 « tiempo del parto, y no al tiempo de la concepcion,
 « y se hace esto en favor de los hijos, esceptuando
 « los casos en que su misma utilidad exige que se
 « atienda al tiempo de la concepcion (por ejemplo ,
 « en el caso que se trate del estado de libertad.) »
 Lo mismo repitió despues en la *novela* 89, *cap.* 8 ,
 para confirmar por ella el derecho nuevo. Con se-
 mejante decision se han corregido las leyes anterio-
 res , introduciéndose un nuevo derecho , para que se
 conozca que se equivocan , primero , los que piensen
 que el Código no deroga por este principio á las Pan-
 dectas , por quanto en la compilacion del derecho una
 sola debe ser para el estado la legislacion : en segun-
 do lugar, los que traen contra la doctrina de la le-
 gitimacion argumentos deducidos del antiguo derecho,
 corregido segun se indicará.

XIII. De aquí infiero que no fué la intencion de Justiniano atribuir al subsiguiente matrimonio legítimo genéricamente la virtud de legitimar todos los hijos habidos ántes ; sinó que quiso restringirla á aquel consorcio que estaba permitido y fuera de la prohibicion legal , como era el consorcio concubinario , ó si alguno había tenido hijos naturales de una esclava sin cometer en ella estupro ni otra ofensa pública, pues que estaba permitido á los señores este cóito, por derecho de la potestad dominica ó señorial. Justiniano quiso revestir estos ayuntamientos con la virtud de legitimar todos los hijos nacidos ántes de que se convirtiesen en verdaderos matrimonios ; pero no aquellos que estaban reprobados y prohibidos por

las leyes, aunque despues de contraidos no se rescindiesen. Dice Paulo *lib. 11. sent. tit. 19. §. 2.* « Los matrimonios de los que están bajo la patria potestad, no se contraen legalmente sin el consentimiento paternal; pero contraidos no se disuelven. » La utilidad pública prefiere al interes de los particulares. Si el padre consentía despues, el matrimonio quedaba legítimo; pero los hijos habidos ántes no se legitimaban aun en tiempo de Justiniano, lo que se hacía estensivo á las uniones prohibidas por la lei de la clase que ántes se ha dicho, aunque despues degenerasen en legítimo matrimonio. Solo se modificó el rigor del derecho antiguo en juzgar de la condicion de los hijos, no tanto por el tiempo de la concepcion como por el del parto. Por lo cual, si alguno tomaba por esposa despues de parir á aquella que había estuprado, no era legítimo el hijo habido ántes, sinó que permanecía espúrio, porque el estupro se reputaba crimen segun la lei *Julia de adult.*

XIV. Esto supuesto, los intérpretes no han fijado con seguridad la doctrina de la legitimacion, suponiendo cierta ficcion retroactiva, por la que el matrimonio se debía retrotraer al tiempo de la concepcion ó del parto; por manera, que si el matrimonio podía ser legítimo entre los concubinos, debe surtir todo su efecto la legitimacion. No obstante, Sarmiento y Amaya han promovido esta vana contienda, empeñándose aquel en que debía atenderse al tiempo de la concepcion, este al del nacimiento. Semejante controversia á mi parecer es inútil y agena de esta doctrina. Primero, porque en ninguna parte se halla sancionado que tuviese lugar la ficcion retroactiva, siendo solo propio de las leyes establecer ficciones cuando lo exige la necesidad, y no del capricho de los intérpretes. En segundo lugar, porque esta doctrina de si debe ó no retrotraerse

al tiempo de la concepcion ó del nacimiento, es muy ajená de la legitimacion. Nada puede haber mas claro respecto del tiempo de la concepcion, que inmutó Justiniano por la *L. 11. in fin. C. de natur. lib.* ni respecto del tiempo del nacimiento, como que solo debe atenderse en aquellos casos en que el subsiguiente matrimonio no hace legítimos los hijos; pero no puede hacerse estensivo á la legitimacion de los hijos naturales que por subsiguiente matrimonio se legitiman para beneficio y consuelo de sus padres, por haberse separado del concubinato, trasformándole en verdadero matrimonio. Si tuviese lugar la ficcion retroactiva, se seguiría que los hijos nacidos de estupro deberían legitimarse por subsiguiente matrimonio segun derecho civil, porque al tiempo del nacimiento podía haber entre ambos matrimonio. Por el contrario, sucedería que entre los que no podía haber legítimo matrimonio al tiempo de la concepcion ó del parto, existiría la legitimacion por el siguiente matrimonio para hacer legítimos á todos los hijos habidos ántes. He aquí un ejemplo tomado de la *Nov. 78. c. 4.*, en donde se esplica así el emperador: « Y de tal modo nos con-
 « vencen las circunstancias y la verdad, que si alguno
 « tuviere hijos de una criada, y quisiere despues ma-
 « numitirla para otorgar los instrumentos dotales, des-
 « pues por la misma consignacion de la dote tendrán
 « los hijos el derecho de libertad, que tambien se
 « llama *res sui juris*, sin que exijamos á los hijos una
 « especial libertad, pues que quedan manumitidos al
 « mismo tiempo que su madre, recibiendo ántes ó des-
 « pues la libertad, pues con solo el otorgamiento de
 « las escrituras dotales les concedemos libertad. ¿ Qué
 « mayor señal puede dar un padre de la libertad de sus
 « hijos, que presentar su mujer en libre y solemne
 « otorgamiento de los instrumentos matrimoniales? »
 Bien claro está en el presente ejemplo que la madre

era esclava al tiempo del nacimiento de los hijos; no existiendo el matrimonio en este tiempo, y no pudiendo en la comun hipótesis legitimarse los hijos nacidos de ella por la manumision, ni por las nupcias contraidas despues legítimamente, cuando por concecion del emperador tiene el subsiguiente matrimonio el beneficio de que los hijos habidos ántes gozen del derecho de libertad; la que deduce el emperador de la presunta voluntad de aquellos que eligieron el concubinato, *L. 10. de nat. lib.*, sin que proceda de una ficcion de derecho. Dice el emperador : « No es verosímil que « todo el que consignó la dote y la donacion, no tenga « á la mujer desde el principio una inclinacion que la « hace digna del nombre de esposa. » Determinó el emperador que nada había que fingir en estas palabras. Deduce del amor á la mujer, que es probable que el marido tenga intencion de tomarla por esposa, aunque no lo haya manifestado al instante, hasta despues de tener hijos. Tercero : ¿ qué necesidad hai de ficcion cuando al matrimonio subsiguiente se le ha atribuido el efecto de que aproveche á los hijos habidos ántes, lo que es mui suficiente? Por cuyo motivo parece que el matrimonio intermedio les perjudica. Supongamos que un hombre ha tenido hijos de una concubina, y despreciándola contrae matrimonio con otra, y despues de morir esta, vuelve á tomar la manceba por esposa : si se insiste en la ficcion , habrá de concluirse que un marido ha tenido á un mismo tiempo dos mujeres, cuya consecuencia repugnaria al derecho romano, ó al ménos impedía la legitimacion de la prole concebida ántes.

XV. Se debió proponer todo con mayor distincion y claridad, para que constase si y cómo puede tener lugar la legitimacion segun el derecho que rige en el dia, y qué efectos tiene sobre los hijos habidos fuera

de matrimonio, cualesquiera que sean. Bien claro es que si insistimos en los principios de derecho civil romano, esta legitimación carecerá de todo efecto. Poco hace se ha demostrado que por derecho romano no tenía lugar en aquellos ayuntamientos que envolvían delito ó acto pecaminoso. En la actualidad no existe ayuntamiento fuera de matrimonio permitido y lícito; cualquiera que sea, está reprobado, condenado y prohibido. Por lo mismo el subsiguiente matrimonio no podrá legitimar á los hijos, si juzgamos por las leyes civiles que están en uso. No solamente está reprobado y condenado por derecho canónico el amancebamiento, y contado entre los nulos, según demostré *tom. 2. jur. eccle. tit. de cohab. clericor. et mulier*, sino también prohibido á los que no pertenecen á este estado. Véase *Ord. polit. de ann. 1577, tit. 26*: por manera que una meretriz en nada se diferencia de una concubina según las leyes; y los canonistas suelen marcar con manchas tan feas el concubinato, que lo hacen más detestable que la fornicación. Así juzga Sarmiento *l. 1. select. interpret. c. 7. n. 1.*, diciendo:

« Es más detestable el amancebamiento y la fornicación concubina, particularmente con mujer
 « tenida en casa, que si no hubiese costumbre, y se
 « fuese á una prostituta. De donde colige, que hoy no
 « puede llamarse hijo natural ninguno: el nacido de
 « meretriz no lo es, porque es espurio. Tampoco se
 « pueden llamar así los habidos de concubina, porque
 « está prohibido el concubinato hoy por derecho canónico, y se tienen hijos de él con gran pecado. Es
 « ridículo, prosigue, que sea de mejor condición el
 « que perseveró mucho tiempo en pecado, que el que
 « se acerca alguna vez á la prostituta; por manera que
 « se tiene por más punible el cóito con una concubina que con una meretriz. » Estos principios, que

están vigentes en el día, impedirían toda legitimación, si el derecho nuevo no introdujese el canónico, del que usamos.

XVI. Esto supuesto, es claro que la legitimación no tiene en el día lugar sinó para aquellos que nacen de punible ayuntamiento; la que desconoce el derecho civil, pero la adopta el canónico; y esto mismo se debe explicar por otros principios diferentes del derecho civil, según confiesa Lauterbach. *diss. de legitimat. per subsequens. matrim.* §. 30. Por cuya causa hoy se legitiman los espúrios, esto es, los habidos de estupro; lo que enseñan los textos del derecho canónico. En el *c. 1. X. qui filii sint legit.* se manifiesta un caso en que uno se había casado con una mujer de quiea ántes había tenido una niña, cometiendo en ella de este modo estupro. Se preguntaba por el estado de la niña, el que defiende el pontífice. « Mandamos, dice, en « cuanto sea así, que se tenga por legítima, prohibiendo que á semejante mujer por este motivo, se « le cause daño ó perjuicio en la herencia paterna. Si « alguno contraviniere á esto, perseguidle con todo « el rigor de las leyes eclesiásticas.» Muerto el padre de esta niña, su tío cuestionaba sobre su estado, y pretendía excluirla de la herencia por ilegítima. Y se cumplirían sus deseos, si el papa, separándose del derecho civil, no determinase que debían ser admitidos á la herencia los hijos habidos de cóito reprobado. El mismo Alejandro III en el *c. 6. X.*, dijo después generalmente: « Es tanta la virtud del matrimonio, que « aquellos que son engendrados ántes (de punible « ayuntamiento) se tienen por legítimos después de « contraído el matrimonio.» Los que nacen en el día ántes del matrimonio, ya de estupro, ya de concubinato, ó de otro cóito torpe, se legitiman por subsiguiente matrimonio según este decreto pontificio.

Alejandro III á este, y no á las ficciones retroactivas, adscribió la virtud de legitimar; y de tal manera la consigna al matrimonio, por ser favorable, y aun la causa espiritual, que aconseja que se promueva de todos modos, segun espresa el testo original, en el que se dice: *tanta es la fuerza del sacramento*. Llama el pontífice naturales á los habidos de un soltero ó de una soltera, c. 13. X., siguiendo el error comun. No lo son segun derecho civil, por el que solo se llaman naturales los habidos de cóito permitido, no del estupro ú otro cualquiera cóito prohibido: por mui honroso que sea el nombre que se dé á los nacidos de soltero ó soltera, es cierto que por derecho canónico se dicen nacidos de punible ayuntamiento.

XVII. Estando, pues, señalado en favor del matrimonio la virtud de legitimar, que es grande, por este motivo, c. 26. *de sent. et re judic.*, se colige, que por subsiguiente matrimonio tambien se legitiman los hijos habidos de aquellas personas que al tiempo del cóito ó del nacimiento no podían contraer legítimo matrimonio, si despues por alguna causa estuviesen en estado de hacerlo. Se han suscitado graves controversias sobre este punto, en el que nada decidiríamos de cierto si hubiéramos de atenernos á las opiniones de los jurisconsultos; pues no solo están discordes, segun dejamos manifestado, en los principios del derecho civil, sinó tambien del canónico, de donde sucede que cada uno sigue su partido, llevado de la opinion que ha formado. Es cierto que por derecho civil de ningun modo servía el matrimonio para los hijos ilegítimos, contraido entre aquellos á quienes estaba prohibido; era injusto é ilegítimo, aunque en varios casos no se rescindiese, segun demostramos arriba §. 12. Tampoco Justiniano hizo estensivo este beneficio á ellos, sinó que lo limitó á los padres concubina-rios que desde un principio podían tomar por esposa

á la concubina, ó despues, como hemos hecho ver hablando de los hijos de una criada. Se juzgaba indignos de él á los padres que habían contraído ilegítimo matrimonio, delinquiendo contra las leyes, particularmente cuando el beneficio de la legitimacion mas era en favor de los padres que de los hijos, los que convenía estuviesen sujetos á la patria potestad, segun costumbre de los romanos. El derecho canónico, considerando en el matrimonio mas bien la cualidad de sacramento, concedió el beneficio á los hijos, borrándoles una mancha que les sirviera de grande obstáculo para obtener ciertos cargos civiles, segun se indicará mui luego. Por lo mismo es mui probable que este derecho no quiso escluir á los hijos de que vamos hablando.

XVIII. Procuremos ver cuáles son estos, cuyo estado se ignora en el dia, porqué no han podido sus padres desde el principio vivir en legítimo matrimonio. Debemos referir aquí, 1.º los habidos de adulterio *C. 4. X. qui filii sint legit.*: pues aunque el derecho civil siempre tiene por ilegítimo el matrimonio entre adúlteros, no obstante, el derecho canónico lo admite y reputa legítimo, esceptuando dos casos, *C. 6. X. de eo qui dux in matrim.* 2.º Los nacidos en grado prohibido, aunque se haya contraído el matrimonio, el que debe rescindirse por derecho canónico, *C. 10. X. qui fil. sint. leg.*; ó fueren de estupro incestuoso, pues por el beneficio de la dispensa, en aquellos grados que no esté prohibida, se permite el matrimonio: y ¿quién dudará entónces que es legítimo aunque la cohabitacion ántes de la dispensa fuese nula? 3.º Los engendrados de judía y cristiano (entre los que está prohibido el matrimonio con la pena de adulterio); pero si la judía se convirtiese á la religion católica por medio del bautismo, es legíti-

mo el matrimonio con ella, lo que no era permitido en el tiempo del cóito. 4.º Si un esclavo, ó mas propriamente, un señor tiene cóito con una criada, y de ella tiene prole ilegítima en aquel tiempo en que no quiere casarse. ¿Qué resultará si despues de algunos años intentare casarse? Sin duda que debe admitirse por válido el matrimonio entre ellos, aunque ántes era resistido por el mismo objeto del concubinato. 5.º Los nacidos de desigual matrimonio, segun el derecho germánico son ilegítimos é incapazes de suceder á sus padres, segun enseña *Adamus, lib. 1. histor. eccles. C. 5.*, de lo que tenían sumo cuidado los alemanes, para que con los enlaces humildes no se mancharán las familias ilustres, cuyos matrimonios suelen llamarse bajos.

Se llaman iguales los matrimonios entre duques, príncipes, condes y otras dignidades: no hai pocos ejemplos de que los mismos emperadores han tomado esposas de la clase y familia de condes, *D. Ludolf. de jure fam. ill. sellect. 1. §. 8 y 12. Sv. Adam Kop. de la gran diferencia entre los condes y los nobles, sect. 3. §. 51.* Si pues cualquier artesano se casaba con una hija de la primera nobleza, ó el noble lo verificaba con una de la ínfima plebe, se reputaba el matrimonio por ilegítimo. Esto se halla confirmado en las disposiciones del derecho provincial de Sajonia, *lib. 3. c. 73.* De cuya disposicion se hallan mil ejemplos antiguos y modernos recopilados por Ludewig. en los comentarios á *B. A. tit. 30. §. 2. p. 1374. seqq. Dr. Ludolfso cit. l. sect. 1. §. 3. seqq.* Y si la mujer de inferior condicion por gracia del príncipe fuese elevada á la suprema nobleza, ¿aprovechará este beneficio á los hijos nacidos ántes, despues de confirmarse por legítimo el matrimonio, y tener efectos de tal? ¿Será reducido á aquel grado

que piden las nupcias legítimas? ¿Qué debera decirse cuando el príncipe se case con una mujer noble ó plebeya, la que despues el César eleva á la dignidad de condesa? Queda legítimo el matrimonio entre ellos, que no lo podía ser ántes. Sucedió un ejemplo de esto en tiempo del emperador Rodulfo I, en el año de 1273. Casándose Rithardo, conde de Hanau, con Adelaida Ulirici, hija de un viejo, señor de Murtzemberg, cuyo matrimonio se afeaba algun tanto porqué Adelaida era hija de un padre menestral; por concesion de Rodulfo con el consentimiento de todos los electores fué declarada noble é ingenua, para que en lo sucesivo no se pusiese ningun defecto á un matrimonio cuya validacion mudaba desde su principio. El canciller de la célebre academia Mapurgense, Waldsekmdio, nos refiere los diplomas y cédulas electorales.

XIX. Aquí recuerdo los habidos de ayuntamiento con monje ó monja, el que es sacrílego. Pues bien se deja conocer que en este caso nunca tendrá lugar la legitimacion, porqué el voto de castidad obliga á los monjes siempre á la lei del celibato, sin que puedan aspirar al matrimonio. Pero no deja de haber algunos ejemplos de algunos casos de lo contrario. Es bien sabido que el pontífice puede relajar el voto de castidad á los monjes y vírgenes consagradas á Dios, para contraer matrimonio y tener sucesion legítima. Dice Rosenthal *de defend. C. 7. concl. 30. n. 3, 4.*
 « Si el monje por dispensa del pontífice se casare,
 « puede suceder en el feudo, y aun todos los que
 « por dispensa dejan la religion, y como se dice, se
 « secularizan, quedan hábiles para los feudos, esto
 « es, para el matrimonio. » El papa puede dispensar al monje para que se case y secularize si lo exigiese una justa causa, como dice el mismo en el lugar

citado. Importa confirmar esto con ejemplos. Muerto por los moros Alfonso, rei de Aragon, fué sacado del monasterio Remelio en el año de 1160, y promovido al trono por dispensa del papa con facultad para poder casarse. *Rob. de Mont. in apend. ad cron. Sigebert. ad cit. ann.* Los polacos tambien coronaron á Casimiro, monje benedictino, sacándole del claustro, y despues contrajo matrimonio, porqué se decia secular. Igualmente Uladislao, á pesar del vínculo monacal que disolvió fácilmente el papa, vistió la púrpura secularizado. *Limneo ad B. A. C. 7. §. 1. obs. 10. Coppinno de sacra politica, lib. 2. tit. 3. n. 22.* Aunque segun el *cap. 26. in f. X. de stat. monach.*, el guardar castidad es tan anejo al estado monástico, que contra ello no puede dispensar el sumo pontífice; esto sucede solo cuando quiere relajarse este voto sin disolver el vínculo monacal. *Ponce de matrim. lib. 7. C. 10. §. 8. Conf. de Nicolis in praxi canon., tom. 2.*

XX. Todavía añadido los nacidos de consorcio con clérigos, á quienes en la iglesia romana de tal modo está prohibido el matrimonio, que los hijos de clérigos, si se exceptúan los de órdenes menores, que pueden casarse, son ilegítimos, segun he indicado ya. ¿Podrán no obstante secularizarse para poder contraer matrimonio? No puede dudarse, siempre que lo permita la dispensa del papa, si aun no estuvieren marcados con el carácter indeleble, y renuncian al estado clerical. Así puede suceder que un clérigo tome por esposa á la que ántes había estuprado sacrilegamente, y de ella había tenido hijos. Repetidos ejemplos hai en nuestro imperio de algunos que sin haber ascendido todavía al órden sacerdotal por dispensa pontificia, se casaron condecorados ya con la púrpura cardinalicia. En el año de 1314 Alberto Austriaco había obtenido ya el obispado de Petavia, promovido

de párroco de Viena, segun dice Hundeeo *in metropol. Salisb. tom. 1. pág. 214. noviss. edit.*; « Pero viendo, « prosigue, que sus hermanos estaban sin sucesion, « y sin patrimonio unos, y los otros que habían con- « traído enlaces estériles, determinó casarse: por « dispensa del sumo pontífice lo verificó, con Juana, « hija del último conde de los Pirretas, con la que « se ha hecho heredero de todo el condado que con- « fina con la Helvecia. » En el año de 1364 tambien Adolfo, arzobispo de Colonia, previa la renuncia correspondiente, prefirió el estado secular al eclesiástico, dispensado por el pontífice: habiendo enviado al pontífice sus procuradores renunció en sus manos el arzobispado, solicitando al mismo tiempo que le trasfiriere en su tio Engelberto, obispo de Leondia; cuya súplica, aunque la recibió mal el pontífice, publicando de acuerdo con los cardenales un decreto para que en lo sucesivo á nadie se admitiera á las dignidades eclesiásticas sin estar ordenado de sacerdote (con lo que se quitan las resignaciones), ó sin tener seguridad de que se ordenaría; no obstante permitió que Adolfo abdicase, segun dice Nicolao Scateno, *in Anal. Paderborn. ad ann. 1364. p. 364.* Enrique, conde de Obsatia, renunció el obispado de Osnabrumg en el año de 1404, y se secularizó, segun testifica Meibon, *tom. 2. de las cosas de Germania, p. 240. ann. 1418.* El papa Martino V. en el concilio de Constanza permitió y dispensó á Juan, obispo de Leondia, para que dejase el obispado y se casara: *Vid. Fleuri, tom. 21. histor. eccles. pag. 511. seq.* Enrique, hijo de Alberto, rei de Bohemia, con dispensa del papa resignó y se casó con Isabel, hija del conde Ruperto, *Muster, Cosmogr. in general. Ausburg.* Etelfo, rei de Inglaterra, promovido ya al subdiaconato con dispensa pontificia se coronó y casó, segun Alforde, *Anal. Angl.*

ad ann. 837. *n.* 7. No faltan tampoco ejemplos de cardenales que dejando la púrpura sagrada se han secularizado. Valentino, cardenal, por concesion de Alejandro VI. renunció en un consistorio solemne, y se pasó al estado secular. Barsllar, *t. 1. hist. de Luis XII. p. 19.* Rainaldo 1498. Lo mismo hizo en el año de 1587 el cardenal Fernando de Médicis para librar á su familia de la muerte, *Flaminio Parisio de reng. lib. 5.* Algunos obispos de Italia seguían esta costumbre cuando lo exigía el interés de su familia, segun consta de Ruperto Ursino, que en tiempo de Julio II, año de 1512, dejó el arzobispado, mudó la vida clerical en una esposa que le amaba, segun dice *Uchel in Ital. sacr. t. 9. pág. 353, noviss. edit.* « El mismo « dice al tom. 3, que Alejandro, único de la familia « Usimbárdica, con esperanza de tener prole se ca- « só con Corsinia, mujer noble. » Todos estos ejemplos solo manifiestan que algunas vezes los clérigos por motivos propios de gente ilustre, despues de secularizados se han casado, aunque en el estado de clérigos eran inhábiles para hacerlo, ni tampoco faltan ejemplos de haber puesto un clérigo embarazada á una mujer, y haber pasado despues previa dispensa pontificia á contraer matrimonio con la misma, perdiendo la cualidad de clérigo.

XXI. Con estos y otros ejemplos se disputa hoi de la eficacia de la legitimacion, segun los principios del derecho canónico, con grande ardor y agitacion. Oigamos primero á los que dicen que debe quedar sin efecto semejante legitimacion por el principio de la práctica del dia. Sientan, que en los casos dudosos el derecho canónico debe estar acorde con el civil, sin establecer entre ellos una diferencia tal, que pueda temerse que los cánones condenen la autoridad de las leyes: solo debe tener efecto la legitimacion de

los hijos naturales, en cuyo lugar substituyó el derecho canónico los nacidos de soltero ó soltera, entre quiénes podía haber legítimo matrimonio al tiempo del cóito, segun se demuestra, *C. 13. X. qui filii sint legitimi*: el mismo pontífice en materia de legitimacion recurre á las leyes civiles, las sigue, de ellas toma las decisiones, segun testifica Inocencio III, *C. 13. est in fin*: procede esta legitimacion mediante la ficcion, por la que se retrotrae el subsiguiente matrimonio al tiempo del cóito, presuponiendo la habilidad de los cónyuges en este tiempo para contraerle. Por el nuevo derecho, no obstante, basta que lo sean al tiempo de la concepcion ó del nacimiento para que mejor pueda aprovechar á los hijos, segun enseña Gonzalez, *C. 1. L. qui filii sint. leg. n. 12*. Del mismo sentir fué Alejandro III, *c. 6. X. eod.*; por el que permite el uso de la legitimacion; pero escluyendo los hijos adulterinos por las siguientes palabras. « Si el hombre viviendo su esposa conociese otra (en cuyo tiempo no podía casarse con ella), y tuviese hijos, aunque despues de la muerte de su mujer contrajera matrimonio con la otra, es espúrio el hijo que hayan tenido, sin derecho á heredar; » y añade mas el pontífice: « Si cualquiera de ellos hubiere maquinado alguna cosa contra la vida de la primer mujer: » arguyendo el pontífice del ménos el mas. Pues si no se legitiman los hijos espúrios por subsiguiente matrimonio, mucho ménos por un matrimonio nulo, cual es el contraido entre los que han maquinado la muerte de uno de los cónyuges, de todo lo que presenta las suficientes razones Gonzalez en el lugar citado. De aquí debe colegirse, segun el sentir de Sarmiento, *lib. 1. select. C. 3. n. 7*; si un monje que todavia no ha profesado tuviere un hijo, aunque haya resuelto no profesar, si no ha manifestado esto

con acciones esternas, ni ha dejado el vestido monacal, el tal hijo no es natural, ni capaz de legitimacion. Lo propio debe decirse del beneficiado que había determinado dejar el estado clerical; pero ántes de haberlo hecho había tenido un hijo, porqué permaneciendo en el estado eclesiástico era incapaz de matrimonio. Los argumentos deducidos en contrario sentido del *C. 6. cit.*, deben restringirse, segun siente *Wiestneri ad cit. decr. qui filii sint legitimi*. Si, pues, segun las determinaciones de Alejandro III es ilegítima é inhábil para la legitimacion la prole que no solo ha nacido, sinó la que ha sido concebida, viviendo la mujer propia, de una estraña, debe reputarse por hábil la que se tuvo, no viviendo ya la esposa propia, de padres hábiles para contraer matrimonio al tiempo del nacimiento.

XXII. Es bien claro y cierto que los intérpretes para discutir esta cuestion siguen principios diversos, sustituyendo el antiguo derecho ya corregido á los principios y razones que hai para decidir, y suponiendo ficciones que no existen. Pero como toda la fuerza de la decision depende de la verdadera interpretacion del *C. Tanta. 6. X. qui filii sint legit.*, debemos recurrir á las fuentes para conocer el verdadero parecer de Alejandro III. El compilador de las decretales truncó demasiado el testo, le mutiló oscureciendo su verdadero sentido, que no puede entenderse sin recurrir á las verdaderas fuentes. La constitucion de Alejandro III se halla íntegra en el *apéndice del concilio Lateranense III. part. 39. ann. 1179. tomo 6. concl. p. 2. p. 1819*, y su tenor es como sigue:
 « Nos acordamos que consultados acerca de la causa
 « que existe entre R. y P. sobre cierta herencia que
 « pide R. en nombre de Sibila, su mujer, os hemos
 « respondido y escrito así: que si fuese cierto, segun

« contenía su carta, que entre el padre y la madre
« del dicho R., despues de su nacimiento hubo y se
« contrajo matrimonio, se debe declarar por hijo le-
« gítimo sin recurso ni apelacion alguna, sin escluirlo
« de la herencia paterna por esta causa. » Estas pala-
bras dan bien á entender que los hijos habidos de
estupro, y tambien los de dañado ayuntamiento, se
legitiman por el subsiguiente matrimonio. El pontí-
fice da la razon de ello : « Tanta es la eficacia del sa-
« cramento, que los engendrados ántes se tienen por
« legítimos despues de contraido el matrimonio. » Se
atribuye al sacramento la fuerza de legitimar que se
cree oculta en el matrimonio, cuya virtud es tanta,
que se cree hacerla estensiva para los nacidos ántes
de delito, haciéndoles legítimos; en esto solo in-
siste el pontífice, sin recurrir á las ficciones que solo
existen en el cerebro de los intérpretes, pues la san-
tidad del sacramento es tanta y tan eficaz, que se
juzga suficiente para borrar cualquier mancha con-
traida de ilegítimos enlazes, si despues pudiese ha-
ber matrimonio legítimo entre los conyuges. Las si-
guientes palabras que añade el pontífice, manifiestan
claramente que la dispensa ha de tomarse con esta
restriccion. « Pero porqué P., fuera de lo que se dice
« en tus letras, nos ha manifestado que su padre vi-
« viendo su legítima mujer, tenía por madre á R. y
« lo había engendrado en adulterio, maquinando su
« madre la muerte de la otra esposa, requerimos á tu
« fraternidad para que sepas, y si llegares á cercio-
« rarte de que en vida de su legítima esposa el refe-
« rido padre abusó públicamente de la madre de R.,
« lo declares espúrio é indigno de heredar, princi-
« palmente si su madre hubiere maquinado contra la
« vida de la primer mujer, porqué no podían entón-
« ces contraer legítimo matrimonio. »

Todas estas palabras indican claramente, primero, que Alejandro III fué consultado del caso en que el matrimonio no podía ser legítimo entre los cónyuges, y porqué era cuestion de hecho delegó su conocimiento al obispo de Sinensia; segundo, que Alejandro III siempre fué de dictámen que el matrimonio contraído con adúltera era ilegítimo y de ningun valor, segun prescribían los cánones antiguos. Esto mismo indica él en el *C. 6. X. de eo qui duxit in matrim. quam pol. per adult.*, por las siguientes palabras: « Se nos
 « ha propuesto que un marido que teniendo mujer
 « tuvo cóito con otra que ignoraba estuviese casado,
 « pero muerta la primera quiere separarse de ella,
 « asegurando que en la vida de su mujer no le era
 « permitido reunirse con otra.» El marido había tomado pretesto para dudar en este caso de las disposiciones del derecho antiguo, y el pontífice al decidir esta tésis, ni la abandona ni la deja, sinó que se produce del modo siguiente: « Aunque esté establecido
 « por los cánones que ninguno se case con aquella
 « con quien ha adulterado, ni con aquella á quien ha
 « bía dado palabra en vida de su mujer, ó con la que
 « ha maquinado contra la vida de su mujer.» No habla aquí Alejandro restrictivamente, sinó estensivamente, para manifestar que segun los cánones antiguos está mucho mas prohibido el matrimonio, ya se diese á la adúltera palabra de matrimonio futuro, ya si con las esperanzas de él se coligare con el adúltero para atentar la vida de la legítima esposa. La partícula *mucho mas ó máxime* no limita, no restringe, no hace escepcion, sinó que segun sentir de todos amplía la disposicion. Además de esto, el pontífice Alejandro toma este dictámen hipotéticamente; pero dice, que no se debe dar lugar á que se aplique al caso en que la mujer haya ignorado que el marido tenía esposa legítima; y por lo mismo, haya obrado de buena fe,

porqué el marido siempre se debe juzgar indigno por haber reportado utilidad de su dolo. De donde se puede colegir que el matrimonio se podrá dirimir segun el dictámen del pontífice, si á sabiendas la mujer tuvo cóito con el adúltero, aunque no hubiese concurrido ninguna de las otras circunstancias. Verdaderamente que Graciano había insertado en su compilacion la restriccion referida acerca del matrimonio de los adúlteros, y creía que debiera aprobarse segun lo declara despues, *C. 3. casus 31. q. 1.* Pero en tiempo de Alejandro, pontífice del mismo siglo, todavía no tenían las decretales la autoridad indispensable para que se arreglen por ellas los pontífices en sus decisiones; á lo ménos consta que Alejandro III fué de esta opinion; que los matrimonios de los adúlteros siempre debían reputarse por nulos genéricamente, y mucho mas si las circunstancias de que se ha hablado aumentasen este delito, cuyas prohibiciones quiso restringir Graciano. De igual raciocinio usa Alejandro III *ex append. concil. later.* en las palabras que dejamos referidas, particularmente cuando se le presentó un caso en que el adúltero ha conspirado á la vida de la esposa, y da la razon de ella: *por quanto no podían contraer legitimo matrimonio*: cuyas palabras omitió el compilador de las decretales, no advirtiéndole que ellas contienen el fundamento para decidir.

XXIII. Por lo mismo esta decision no se puede aplicar á aquellos casos, segun el sentir de Alejandro III, en los que despues puede ser legítimo el matrimonio entre los adúlteros: despues de la compilacion de Graciano lo aprobó Inocencio III, como que fué amigo de seguir esta doctrina. En las palabras de *C. 6. X. de eo qu. dux. in matrim. quam pol. per adult.*, sentó que podía contraerse matrimonio legítimo entre el adúltero y la adúltera, esceptuando los casos de que se ha

hecho mencion , segun han observado *B. Strychius in V. mod. ad tit. de his qui sui vel alieni jur. §. 12.* y *B. Tomasio* en la disertacion citada. En cuyo caso se puede contraer matrimonio legítimo , quedando legítimo el hijo concebido de adulterio , sin que se pueda aplicar la disposicion *C. 6. X. ibid.* como que supone aquel adulterio que escluye aun despues el matrimonio. Finalmente , la razon de esta legitimacion únicamente se descubre en la virtud del sacramento , que es tan eficaz , que puede aprovechar á los hijos habidos ántes. El pontífice estuvo mui léjos de seguir los principios de derecho civil , segun los que debería cesar toda la legitimacion. Este los excluyó y separó de toda la legitimacion : no así el derecho canónico , segun el que todos los que nacen fuera de matrimonio , nacen de cóito punible , segun se ha demostrado. Esto supuesto , es evidente que los hijos nacidos de incesto , ó de ayuntamiento con monje ó monja , se legitiman por el subsiguiente matrimonio , siempre que haya intervenido dispensa del pontífice. Si esta dispensa tiene ó no pleno efecto , depende de la resolucion de la disputa , « hasta dónde se estiende su potestad , que dispensa tales matrimonios contrarios á las leyes , y si el impedimento que los ilegítima , es eclesiástico ó civil. » Lo que dejo explicado en la disertacion preliminar al *tom. IV. juris eccles. prol. §. 53 et seq.*

XXIV. Fácilmente se pueden disolver las dificultades traidas por los contrarios , y que hemos indicado en el §. 21. Confesamos que en las cosas dudosas debemos poner conforme el derecho civil con el canónico , cuando uno y otro derecho forman sus decisiones por unos mismos principios y reglas. Pero en este caso , ¿ quién negará que el derecho canónico ha fijado diferentes principios , tomándolos de la virtud del sa-

cramento? ¿Quién dudará que los hijos de estupro, cóito reprobado por las leyes, se legitiman por derecho canónico? No basta que se digan naturales por derecho canónico. De decir á ser va mucha diferencia. Los que reconoce el derecho canónico como naturales, no lo son en sentido del derecho civil, sinó que impropiamente se llaman así. El que el derecho canónico *in C. 13. X. qui filii sint legit.*, se apoye en las leyes civiles, no demuestra que siempre apoye en ellas su doctrina; ántes por el contrario el mismo pontífice en el ya citado testo indica que en la legitimacion por rescripto el derecho canónico no sigue al civil. Este separa de la legitimacion á todos los adúlteros: el canónico asegura que por rescripto se puede legitimar; cuya diferencia procede de que los nacidos de adulterio son de punible ayuntamiento lo mismo que los de estupro; y de consiguiente, así como se admite á estos á la legitimacion, tampoco puede escluir á aquellos. Pero el derecho civil escluye á los nacidos de uno y otro cóito. Se alucinan los que para hacer efectiva la legitimacion recurren á cierta ficcion, y alegan lo que ha dicho el antiguo derecho civil, en el que aun no se había dado al subsiguiente matrimonio semejante virtud, ó no se había fundado en el derecho del Código, segun dejo demostrado arriba. No hai indicio alguno de que los pontífices hubiesen fundado sus decisiones en la ficcion. Inútiles y ociosas son por lo mismo las disputas de si debe atenderse al tiempo de la concepcion, cuando el pontífice atribuye toda esta eficacia al subsiguiente matrimonio, deduciéndola de la santidad del matrimonio. He conocido que el compilador, en lugar de la palabra *sacramento* puso la de *matrimonio*, sin duda por la razcn de que esta voz es mas clara en la materia. Al ménos en el apéndice al concilio lateranense

III existe la palabra *Sacramenti*. No debe admirarnos que Raimundo haya cambiado esta voz, cuando truncó y desnaturalizó todo el testo del *cap. 6. cit.*, cuyo verdadero sentido no puede llegar á comprenderse sin recurrir al lugar auténtico. Finalmente, Wissnerio deduce el argumento contrario del citado capítulo, y lo comenta de tal modo que por una parte no impide lo que hemos dicho arriba, que Alejandro III hubiese reprobado el matrimonio con la simple adúltera; y por otra, aun cuando así se admitiese, no debería comprender mas que á los padres adulterinos que han vivido amancebados fuera del tiempo del matrimonio; si bien hai duda acerca de los parientes en grado próximo, aunque sean libres, y acerca de los clérigos y monjes mezclados con una soltera.

XXV. Luego basta el matrimonio contraído despues, siendo suficiente para justificarlo las escrituras de dote y de casamiento. Entre los romanos se declaran por medio de estas escrituras válidos los matrimonios, de suerte que la dote distingue la verdadera mujer de la concubina. El derecho canónico no se contenta, ni puede contentarse con esto, pues que para la validacion requiere la bendicion sacerdotal. Con esta, precediendo tres amonestaciones, se completa, y se dice que el matrimonio ha sido contraído *in facie Ecclesiæ*, lo que basta, *C. 2. in fin X. de clandest. dispen.* Esta solemnidad no la exigía el derecho romano, ni aun en el tiempo de Justiniano, y por lo mismo no se necesitaba de otro signo para demostrar el matrimonio mas que el amor marital. Oigamos á Lauterbachio, *cit. diss. §. XXV.*, que todavía avanza á mas. « Segun
 « comun sentencia de los doctores, el derecho canó-
 « nico ha remitido ya la necesidad de las escrituras
 « dotales. Pero cuándo? Si no se puede alegar ningun
 « testo en que se haya dispensado el requisito de di-

« chos instrumentos por derecho canónico, ¿ cómo
 « se ha de establecer por este lo que no manda es-
 « presamente el derecho civil? En las cosas dudosas
 « no debe haber diferencia. » Con ménos razon pre-
 gunta el referido jurisconsulto, ¿ en qué lugar
 deja de exigirse este requisito? pues debió mani-
 festar si proviene de los principios del derecho ca-
 nónico la necesidad de semejantes instrumentos.
 ¿Si hai la misma razon para contraer estos enlaces, se-
 gun el derecho canónico, ó segun el civil? Dejamos
 demostrada su diferencia. Poca conformidad se esta-
 blecerá entre ambos derechos, si reconocen en los ma-
 trimonios los diversos principios que á primera vista
 occuren. Dice: « Segun nuestra costumbre el matri-
 « monio legítimamente contraido, es suficiente para la
 « legitimacion, aunque no se hayan otorgado las cor-
 « respondientes escrituras: » cuya tradicion no se
 contradice, ni puede contradecirse, segun la prácti-
 ca recibida. Y cuando se pregunta, de dónde tienen
 origen estas costumbres? cuál es su razon? cuál su
 fundamento? se debe recurrir á los que encierra el
 derecho canónico. No han prevalecido contra la razon
 las costumbres alemanas, sinó que estriban en fun-
 damentos sólidos. ¿ Quién ignora que el derecho ca-
 nónico ha dirigido la práctica que los alemanes han
 observado constantemente en materia de matrimo-
 nio, poco cuidadosos de que el derecho romano se
 separe de sus costumbres en esta parte?

XXVI. Además, por derecho romano se requería
 para esta especie de legitimacion el consentimiento
 de los hijos naturales, por la *Nov. 89. c. 11.*; de tal
 suerte, que si había muchos naturales, solo queda-
 ban legítimos los que consentían, *cit. Nov. c. 11. X.*
cit. Ni era tanto en beneficio de los hijos como de los
 padres, á quienes convenía reducirlos á la patria po-

testad: por el contrario, los hijos legitimados padecían *capitis-diminucion*, porqué de libres y *sui juris* que eran, pasaban á serlo *alieni*, privados de todos los bienes, hasta que Justiniano asignó despues á los padres el usufructo, dejando para los hijos la propiedad, §. 2. *de adquis. per arrogat.* Lo que dije arriba acerca de preferir la mejor condicion de los hijos naturales al estado de legítimos, es demasiado claro y evidente, y manifiesta que siempre convino á los hijos que no cambiase ni disminuyese su estado. Hoi no se hace caso de este requisito, ni advierto que el derecho canónico lo exigiese, porqué toda la eficacia la atribuye al matrimonio. Hoi solo, segun este derecho, se legitiman los nacidos de dañado y punible ayuntamiento, cuyo estado es inferior al antiguo de los naturales. Los espúrios, nacidos fuera de matrimonio, los de partos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, los de los matrimonios de que habla el pontífice en *c. 10. ver. Perso X. de renunt.*, y otros semejantes pertenecen aquí, segun he declarado; y de todos ellos trata distintamente Gabriel Palæoto, *de nothis spuris que filiis, c. 16. seqq.* Todos estos los escluye el derecho canónico de los beneficios eclesiásticos; no quiere que sean clérigos, y ocultamente los hace despreciables, espuestos al odio de todos y al ludibrio público, reputándolos por indignos de ser admitidos á las dignidades civiles, al colegio de los artifices, y al derecho de ciudadanos. Como segun juicio de los clérigos, el mundo se componía y gobernaba en los siglos antiguos por ellos, como que presumían saber mas que los legos barbaros é ignorantes, no podían dejar de ser despreciables todos aquellos que lo fuesen para los clérigos, y que ellos separasen de su ministerio, segun refiere Palæoto *cit. c. 27.*; pero ántes dice no eran excluidos de los cargos civi-

les. De donde claramente deduce, que hoy es de gran beneficio para los espúrios la legitimación, de manera que ella no redunde tanto en favor de los padres como de los hijos, por las razones que nos da el derecho canónico, que son las mismas que nos rigen en el día. Luego hoy la legitimación aumenta y no disminuye el estado de los hijos; en lo que ellos deben consentir gustosamente. Aunque por ella pasen á la patria potestad, no es tan grande su efecto para que cualquiera desee permanecer mas bien en la clase de natural que en la de legítimo, según confiesa el mismo Lauterbac., *lib. cit.* §. 26. Ningun perjuicio se sigue á los hijos de legitimarse, al contrario, conduce mucho á su honor y á su dignidad. Antiguamente era costumbre que los hijos en el día solemne del casamiento se cubriesen con un manto, juntamente con su padre y con su madre, que en el día se llama esto *mantel kinder*; pero no se juzgue que se hace esta ceremonia para tomar su consentimiento, sino para manifestar que este legítimo matrimonio confirmado con la bendición sacerdotal les aprovecha. *Vid. Du Fresne in glos. voc. Pallium.*

XXVII. Ultimamente, tanto el derecho civil como el canónico, quieren que el subsiguiente matrimonio sea válido y legítimo para la legitimación. Dudaron si el matrimonio momentáneo, como el contraído á la hora de la muerte, puede tener estos efectos, por no poder llamarse verdadero matrimonio, porque cesa todo su fin concluyendo al mismo tiempo que principia. Todos los argumentos que suelen objetar contra estos matrimonios, los reúne y resuelve Francisco Sarmiento, *Lib. 1. selec. interp. c. 6. n. 1.* y siguientes, que no reproduzco. Algunos dan una entera eficacia á este matrimonio, no porqué la ficción del derecho tenga su valor en el artículo de la muerte, sino

mucho mas ántes, cuando nació el hijo : de cuya opinion me separo, por quanto no se necesita de esta ficcion desconocida en el derecho. Tres son los fundamentos que asisten á esta legitimacion. El primero debemos tomarle de que no estan cierta la muerte, ni se han perdido las esperanzas de vida, en términos que aquel matrimonio pueda decirse fingido y no verdadero. Véase Cocceio *de matrim. momentis*. El otro se debe tomar del derecho canónico, y de su sentido, que lo atribuye todo á la fuerza del sacramento, y le favorece tanto, que ni lo reprueba entre viejos, pues quiere que en caso de duda se esté por el matrimonio, *c. f. X. de sent. et re jud. c. 3. in f. X. qui matrem accus. pos. c. 4. X. de ret. et int.* Se sigue ademas que no carece de efecto el tal matrimonio sinó que se estiende al hijo nacido, de suerte, que ni se pueden llamar matrimonio momentáneo ¿Qué diremos si alguno contrae matrimonio bajo la condicion de legitimar el hijo ilegítimo, tenido ántes de una madre que consintió bajo esta condicion, y que la aceptó, pero despues no quiere vivir en union matrimonial? No creo que carezca de efecto, porqué los cónyuges no están prohibidos de separarse por pacto recíproco, salvo siempre el estado del matrimonio en (*) los demas derechos. Nada, toca decir de los efectos de esta legitimacion, porqué solo quise hacer ver que hoi, segun los principios de derecho canónico, es válida cualquier legitimacion.

XXVIII. Por las mismas causas pasamos á demostrar lo mismo en la otra especie de legitimacion, que se llama por rescripto, la cual fué inventada por Justiniano. Antes había fijado la legitimacion de los hijos naturales por arrogacion, *L. 6. in fin. C. de nat. lib.*; la que Justino quiso abolir, *l. 7. cap. eod.*, y la re-

(*) Esta doctrina solo tiene uso en los paises protestantes, en que se juzga el matrimonio disoluble aun *quoad vinculum*.

probó Justiniano en la *Nov. 89. c. 7.* El mismo, no obstante, en el lugar citado añadió otra especie nueva á las antiguas, para que el padre pudiese legitimar y hacer suyos los hijos; con lo que volvió á restablecer la legitimacion por arrogacion, que tambien se había de conceder por rescripto del príncipe, lo que había desechado en la citada Novela, segun observa B. Tomasio en la disertacion citada. Esta legitimacion era subsidiaria, si la concubina no podía casarse por haber muerto, ó si era de un estado tal que no podía verificarlo sin deshonor, ó si eligiese vida religiosa; lo mismo dijo que debía observarse, segun el tenor de las leyes antiguas, para que en lo posible se convirtiese en verdadero matrimonio el concubinato, aunque había destruido esta resolucion en otras varias de sus leyes. Solo el padre alcanzaba este rescripto de legitimacion, no los hijos naturales; por cuanto antiguamente era mas bien beneficio del padre, segun observa Heraldo, *lib. 1. quæst. jur. quot. lib. 1. cap. 5.*: tan solamente se legitimaban los hijos naturales, no los habidos de punible ayuntamiento, y esto cuando no había otros hijos, segun indica Justiniano, *Nov. 89. cap. 9.* De donde concluye Heraldo, que aquel que tiene mujer legítima, no puede suplicar al príncipe que le legitime los hijos habidos de concubina, porque tiene impedimento para poder casarse con ella; pero qué sucederá si muriere? si entrase en religion? si no pudiese casarse sin deshonor? En semejantes casos juzgo que no está denegado por derecho romano el beneficio de la legitimacion á los padres.

XXIX. Pero hoi dice Heraldo que se observan en el foro principios mui diversos, y con este motivo se lamenta diciendo: «Hoi se pueden legitimar con semejantes codicilos los hijos espúrios, aun viviendo su madre; y esta gracia la puede pedir no solo el padre

« sinó tambien la madre , y los mismos hijos espúrios.
 « Aun mas : por ellos pueden legitimarse , á pesar de
 « que se oponga su padre, y tenga mujer legítima ,
 « lo cual es contra el derecho romano. » Veamos si lo
 es tambien contra el canónico. Si con él se conforma
 la práctica forense , no se puede llamar errónea en
 Francia y Alemania , despues que vivimos bajo el de-
 recho romano , y no son solos los franceses los que
 usan de él , lo que debió haber observado Heraldó. Si
 dijese alguno que el derecho canónico no debió intro-
 ducir principios diferentes del romano , no llevo á mal
 que se entable esta preferencia con el derecho ponti-
 ficio. Uno y otro son estraños , y si se considera la
 práctica del foro , debe considerarse y apreciarse se-
 gun esté recibido en él. Como la esperiencia enseña
 que en estas doctrinas, como en otras muchas, se da la
 preferencia al canónico , nunca puede llamarse erró-
 neo el uso que se haga de él , segun se va á demos-
 trar.

XXX. Inocencio III. al c. 13. *X. qui fil. sint leg.*,
 rogado por Guillermo , conde del Monte Pesulano ,
 para que le legitimase un hijo que en vida de su mu-
 jer, había tenido de una concubina , despues de ale-
 gar varias razones en la curia romana para conseguir
 sus súplicas que el pontífice presenta como motivos
 para dudar, dice : « Por quanto la silla apostólica tiene
 « plena potestad sobre esto , parece que examinadas
 « las causas con las que otras vezes ha dispensado á
 « otros hijos naturales , ménos legítimos, y aun á los
 « adulterinos , legitimándolos para actos espirituales ,
 « para que pudieran ser promovidos á obispos , se in-
 « fiere con mas probabilidad que tambien quedan le-
 « gitimados para los actos seculares. » El pontífice no
 duda ni niega estos principios ; mui al contrario , se
 reconoce con toda la autoridad suficiente para legiti-

mar aun á los adulterinos para los efectos espirituales, y tambien para los temporales en los paises de sus dominios; pero asegura que semejantes privilegios no pueden hacerse estensivos á los que están sujetos á otra potestad, en cuyo perjuicio se harían semejantes dispensas, por lo que toca á los efectos temporales, á no ser que consintiesen en ella. De aquí colijo: 1.º que el pontífice en materia de legitimacion, como en otras muchas, se ha atribuido, en cuanto lo permite su potestad, unas facultades plenas, amplias, sin restriccion alguna, que en la curia romana se suele llamar *plenitud de poder*. El mismo dice, c. 4. *X. de concess. præb. ecless.* « Segun la plenitud de nuestra potestad « podemos dispensar aun sobre el derecho: » de suerte que no está sujeto á lei, regla ni límites. A esto oponen la potestad ordinaria que debe ejercerse segun lo prescrito por las leyes, y segun los antiguos cánones, á los que se creen sujetos los pontífices, segun prueba por sus mismas confesiones *Lanoy p. 3. epist. 3.* De esta potestad ordinaria, ó mas bien arreglada y conforme á las reglas de derecho, habla lo bastante Juan XXII en la bula del año de 1317 tomo 3., *act. publ. Anglic. p. 633.* « Y aunque nos veamos coloca- « dos sobre el derecho y libres de él, nos vemos mas « obligados delante de Dios á observar la justicia, co- « mo que tenemos que darle cuenta de mayor poder. » Pero raras vezes ni él ni sus sucesores han usado de esta potestad. Mui al contrario, siempre se burlaron de los pasos de sus antecesores, que se juzgaban libres de todo vínculo. Por quanto los antiguos intérpretes, *ad L. 31. D. de legib.* siempre traían en la boca la distincion entre potestad ordinaria y plenitud de potestad aplicándola aun á la potestad de los emperadores; no fué desagradable á los magnates del palacio pontificio y regio adoptar esta doctrina, segun refiere en varias par-

tes Pedro de Piedra, *de jur. quæst. non toler. per princ. c. l. n. 8.* He aquí el dogma recibido : « Cuando el « príncipe hace alguna cosa con la plenitud de su po- « testad, nadie puede decirle por qué haces esto, por- « qué es superior al derecho, contra el derecho y con- « tra todo. » El mismo en *l. cit. 3. quæst. 1. n. 3.* Acerca de la plenitud de la potestad de los papas, lo mismo dicen los empleados en el palacio romano. « La « plenitud de potestad no está sujeta á nada, ni cir- « cunscrita á límites algunos. » No es necesario referir todas las frases que trae Pedro de Piedra, y otros escritores del derecho pontificio.

XXXI. A la sombra de esta doctrina recibida ya, los papas y los emperadores procedieron en las dispensas á su arbitrio, sin permitir que se les pusieran límites algunos, los que ántes observaban con gran cuidado los emperadores. Hemos visto en el §. 29 los límites á que Justiniano había sujetado la facultad de legitimar y no los traspasaron los sucesores, aunque en su tiempo se había hecho mui ordinario el uso de la legitimacion. Los antecesores mui raras veces, y tan solamente en casos extraordinarios y por causas mui graves la concedían, y no confirman así como se quiera directamente el matrimonio, particularmente si pudieran resultar dudas de él, como en el caso que presenta un jurisconsulto, *L. 57. ff. de ritu nupt.* « Nos movemos, ya por el mucho tiempo en que es- « tuviste ignorante del derecho en el matrimonio de « tu abuelo, ya porqué has sido colocada por tu « abuelo, ya por el número de tus hijos : por lo tanto, « concurriendo todas estas circunstancias, confirma- « mos el estado de tus hijos habidos en el matrimonio « contraído contra las leyes, por cuanto se ha cele- « brado ántes de los cuarenta años, y quedan lo mis- « mo que si fuesen concebidos legítimamente. » Es

notable y mui singular este ejemplo, porqué enseña que algunas vezes han dispensado fuera del órden los emperadores por causas gravísimas, legitimando aun los hijos de matrimonio prohibido; pero esto era extraordinario. Pero el que inventó Justiniano era ordinario, propuesto por cualquier padre natural, y concedido sin conocimiento de causa. Desde que principiaron los pontífices, arrogándose la plenitud de la potestad, á disponer en estas materias pasando todos los límites de la legitimacion, se ha hecho ordinario de tal manera que hoi es el modo mas comun de legitimar, y pueden verificarlo hasta los magnates.

XXXII. De todo lo dicho resulta que se pueden legitimar hasta los hijos adulterinos é incestuosos, lo que demuestra Bergeso, *in eccles. jurisprud. crim. p. 356.* Algunos quieren llamar á esta facultad legitimacion por dispensa, sin ninguna razon sólida para ello, porqué el pontífice aplicó lo mismo la palabra *dispensar* á los hijos naturales que á los adulterinos, entendiendo por ella la legitimacion, cuya facultad suele concederse á los condes palatinos. Despues que el papa legitimó para los actos espirituales los ilegítimos, segun dice Inocencio III en lugar citado, no es necesario mas para que el padre pida la legitimacion de su hijo en los efectos civiles, para que sea admitido á ella. Segun dice Corrado, *Praxis disp. lib. 3. c. 1.* Para los casos de los que eran escludidos por ilegítimos, se ha hecho la legitimacion de los príncipes, á imitacion de la curia romana, para que se borren todas las manchas contraidas en tales nacimientos, y queden hábiles para los honores y derechos de ciudadanos. Semejante legitimacion no exige el consentimiento del padre, como que no le perjudica ni impide que sea su sucesor, porqué aun no ha surtido su efecto. Por cuya causa, habiendo dispensado á cierto espúrio

un conde palatino, se opuso despues su padre, obteniendo de él que fuese revocada la legitimacion: consultado el ilustre cuerpo de abogados sobre el particular, dijo, que esta revocacion se había hecho sin causa, y que el padre no tenía derecho para contradecir puesto que la legitimacion se regula en el dia por los principios espuestos mas bien que por la doctrina de Justiniano. Quede pues sentado como cierto que el padre debe intentar y pedir para los efectos de heredar y suceder, la legitimacion, que entónces se llama plena, porqué tiene todos los efectos de la antigua; pero si lo hace la madre ó el hijo, es ménos plena, y vale solo para ciertos actos. Teniendo presente el objeto que me propuse en esta disertacion, omito otras muchas que son demasiado conocidas, y están esplicadas por otros.

SIGUEN LAS NOTAS.

§. CLXXV. pág. 139. lín. 18 y 19. (*Es, la adopcion, una accion solemne, por la cual se toma etc.*) — La *L. 1. tit. 16. Part. 4.* la define diciendo que es: «Una
« manera que establecieron las leyes, por la cual pue-
« den los omes ser fijos de otros, maguer non lo sean
« naturalmente.»

§. CLXXVI. pág. 140. lín. 16 y 17. (*Podrán pues los castrados adoptar?*) — En España podrán, con tal que el impedimento no provenga de la naturaleza.
« Mala andanza é ocasion mui grande aviene á las ve-
« gadas á los omes, de manera que pierden aquellos
« miembros que son menester para facer fijos. Así co-
« mo por enfermedad ó por fuerza que les facen algu-

« nos cortandogelos , ó tollendogelos de otra guisa,
 « ó por ligamiento, ó por otro mal fecho que les facen,
 « ó por otras ocasiones que contescen á los omes de
 « muchas maneras : onde estos atales que naturalmen-
 « te eran guisados para engendrar; mas fueron em-
 « bargados por algunas de las razones sobredichas,
 « non tenemos que deben perder por ende ; mas que
 « hayan poder de porfijar ; pues que la natura non ge-
 « lo tolló mas fuerza ó ocasion.» *L. 3. tit. 16. Part. 4.*

§. id. pág. id. lín. 20. (*Y los impúberes?*)—Véase la
L. 2. tit. 16. Part. 4.

§. id. pág. id. lín. 24. (*Y las hembras?*) — « Otrosí
 « ninguna mujer non ha poder de porfijar, fueras en-
 « de en una manera, si oviese perdido algun fijo en
 « batalla, en servicio del rei, ó en hacienda en que se
 « acertase con el comun de algun concejo....» *L. 2.*
tit. 16. Part. 4.

§. id. pág. 141. lín. 1 y 2. (*el adoptante debe esceder
 al adoptivo.... en 18 años.*) — Lo mismo dispone di-
 cha *L. 2. tit. 16. Part. 4.*

§. CLXXX. pág. 144. lín. 14 y 15. (*era necesario el
 consentimiento del hijo que iba á ser arrogado.*) — « Pe-
 « ro si porfijasen alguno que non oviese padre, ó si lo
 « oviese, fuese salido de su poder, entónces conviene
 « por fuerza que este tal consienta manifiestamente,
 « otorgándolo por palabra....» *L. 1. tit. 16. Part. 4.*

§. CLXXXIV. pág. 148. lín. 22 y 23. (*en la adop-
 cion es igual que consienta ó deje de consentir el hijo.*)
 — « E porqué dan los omes algunas vegadas sus fijos
 « legítimos é naturales á otros que los porfijen, por en-
 « de en tal porfijamiento, como este ha menester que
 « aquel á quien porfijan que consienta , otorgándolo
 « por palabra, ó callándose non contradiciendo....»
L. 1. tit. 16. Part. 4.

§. CLXXXVI. pág. 150. lín. 6 y 7. (*Toda adopcion*

era un modo de adquirir la patria potestad.)— En España, aun cuando en la *L. 7. tit. 7. Part 4.*, se dice indistintamente que el adoptado no pasa á la potestad del adoptante, sin embargo, la distincion establecida por derecho romano entre adoptantes ascendientes y no ascendientes, está aprobada por la *L. 9 y 10. tit. 16. Part. 4*; siendo de advertir que el emancipado por el ascendiente que lo había adoptado, recae bajo la potestad del padre natural, *d. L. 10. al fin.*

§. CXCI. pág. 151. lín. 31 y 32. (*la muerte natural.*)
— « Por muerte natural se desface el poderío que ha
« el padre sobre el fijo; ca luego que muere el padre,
« finca el fijo por sí.» *L. 1. tit. 18. Part. 4.*

§. id. pág. 152. lín. 1 y 2. (*se debe hacer distincion entre los hijos de primero y ulteriores grados.*) Como en España, segun queda dicho en la nota al §. 138, no están los nietos bajo la potestad del abuelo, la muerte de este nada influye sobre acabarse ó no la patria potestad. Solo pues con la muerte del padre se disuelven los vinculos de la patria potestad, y se hacen *sui juris* los hijos; lo cual, no obstante, debe entenderse en el supuesto de que hayan mediado las velaciones, como dijimos en dicha nota. Y tambien debe exceptuarse el caso en que el padre que tiene hijos en su poder, se diere en arrogacion, conforme á la *L. 7. tit. 16. Part. 4.*

§. id. pag. id. lín. 20 y 21. (*la muerte civil.*)—
Véase la *L. 2. tit. 18. Part. 4.*

§. CXCI. pág. 154. lín. 14 y 15. (*quiso que por algunas dignidades se acabase la patria potestad.*)— En España se cuentan hasta doce dignidades que libran al hijo de la potestad del padre, desde la *L. 7* hasta la *15* del *tit. 18. Part. 4.*, entre las cuales se cuenta la dignidad de consejero del rei, y otras semejantes á las que describe Justiniano en la *Nov. 81.*

§. CXCIV. pág. 155. lín. 17 y 18. (*tambien por la emancipacion se acababa la patria potestad.*)—Para que los juezes ordinarios puedan en España declarar á un hijo emancipado, deben primero dar cuenta al supremo Consejo, (*) con el espediente instruido sobre justificacion de causas. La emancipacion hecha de otra manera es nula, segun la *L. 4. tit. 5. lib. 10. Nov. Recop.*

§. CXCVIII. pág. 158. lín. 1 y 2. (*pregúntase si el padre puede contra su voluntad ser obligado á emancipar?*)—Véase la *L. 18. tit. 18. Part. 4.*, donde se cuentan cuatro razones *por que se puede constreñir al padre que saque de su poder á su hijo.*

§. id. al fin, pág. 159. — En España tambien se disuelve la patria potestad por el casamiento del hijo, con tal que hayan mediado velaciones; de suerte, que el casamiento por sí no basta, si no se sigue la bendicion, segun la *L. 3. tit. 5. lib. 10. Nov. Recop.*

§. CCIII. pág. 161. lín. 16 y 17. (*tutela es la fuerza y potestad etc.*)—Véase la *L. 1. tit. 16. Part. 6.*

§. CCV. al fin, pág. 164.—Véase la *L. 4. tit. 16.*

(*) Aunque es cierto que por la lei recopilada se halla establecido el modo con que deben hacerse, segun nuestro derecho, las emancipaciones, estinguido el supremo consejo real de Castilla, debe acudirse en el dia con el espediente que se instruirá por el juez de partido en justificacion de las causales prevenidas para este acto legitimo, y de las que se hace mérito en su lugar, á la seccion de Gracia y Justicia, por la que examinadas las pruebas declara la emancipacion y remite las diligencias ó espediente instructivo al juez de donde tiene origen para que cumplimente esta superior determinacion, y á su consecuencia formalize las escrituras y demas que acaben de perfeccionar este acto legitimo: hecha de otro modo no produce ningun efecto, y queda nula por sí misma, pues que en esta parte queda vigente la disposicion legal que así lo establece, que es la lei que se cita de la Novísima Recopilacion.

Part. 6, donde se espresan los requisitos que debe tener el que fuere dado por guardador de huérfanos.

§. CCVII. pág. 165. lín. 31 y 32. (*el tutor se da primariamente á la persona.*) — « Otrosí decimos que el guardador debe ser dado para guardar la persona del mozo, é sus bienes, é no debe ser puesto por una cosa ó un pleito señalado tan solamente. » *L. 1. tit. 16. Part. 6.*

§. id. pág. 166. lín. 6. (*al que tiene padre no se le da tutor.*) — Véase la lei citada en la nota anterior.

§. id. pág. id. lín. 11 y 12. (*al siervo no se le da tutor.*) — Así se infiere de dicha *L. 1. tit. 16. Part. 6.*

§. CCVIII y CCIX. pág. id. lín. 32. (*de cuántos modos es la tutela?.... de tres.*) — La misma division de la tutela en testamentaria, legítima y dativa se establece en la *L. 2. tit. 16. Part. 6.*

§. CCX. pág. 168. lín. 18. (*el padre puede dar tutores en testamento.*) — Véanse las *leyes 2 y 3. tit. 16. Part. 6.*

§. CCXV. al fin, pág. 173. — En España está obligado el juez á confirmar el tutor que dió al pupilo el padre natural, la madre, ó un estraño, que instituyan heredero al mismo pupilo, *LL. 6 y 8. tit. 16. Part. 6.*, leyes que no hacen mencion alguna ni de fianza ni de inquisicion. En el dado por la madre, añade la misma *L. 8*, que puede el juez confirmarlo, si es que ella, aunque no haya nombrado heredero al pupilo, le ha dejado algo por cualquier via y título que fuese.

§. CCXVIII. pág. 174. lín. 21 y 22. (*siempre que hai tutor por testamento no se admite tutor legítimo.*) — Véase la *L. 9. tit. 16. Part. 6.*

§. CCXX. CCXXI. al fin, pág. 178. — En la *L. 9. tit. 16. Part. 6*, puede verse cuándo y de qué manera entran en la tutela los parientes. Véase tambien la *L. 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real.*

§. CCXXVI. CCXXVII. CCXXVIII. pág. 180, lín. 31. (*sufren la máxima, capitis-diminucion, los prisioneros de guerra.*) — Sobre lo que por derecho antiguo, tan diferente en esto del moderno, se observaba en esta materia, puede verse el *tít. 29. de la Part. 2.*

§. id. pág. 182. lín. 16, 17 y 18. (*la misma capitis-diminucion media sufren los deportados.*) — Véase la *L. 2. tít. 18. Part. 4*, cuya doctrina está conforme con lo establecido por derecho romano.

§. id. pág. 183. lín. 1. (*los arrogados.*) — Conviene con esto la *L. 7. tít. 7. Part. 4*. Pero en el día de ninguna de estas capitis-diminuciones resulta que los parientes consanguíneos no puedan tener la tutela de sus parientes pupilos, si se exceptúa el infame, según dispone la *L. 7. tít. 6. Part. 7.*

§. CCXXXI. CCXXXII. al fin, pág. 184. — Desconocida casi en España la esclavitud, apenas puede tener uso ninguno lo que en este título se dice de la tutela legítima de los patronos.

Pág. 184. Advertencia para el *tít. 18* y el *19.* — Como en España la *L. 9. tít. 16. Part. 6*. llama á los cognados á la tutela bajo el nombre general de *parientes*, sin tener cuenta con la agnacion, parece que tanto al padre emancipador como á sus hijos constituidos bajo su potestad, debe corresponder la tutela legítima del emancipado, en razon de ser cognados. Por consiguiente, entre nosotros nunca habrá precision de recurrir á las tutelas descritas en los títulos *18* y *19*, las cuales no obstante se ven aprobadas en la *L. 10. tít. 16. Part. 6.*

§. CCXXXIX. CCXL. pág. 187. lín. 30 y 31. (*El tutor es nombrado por el magistrado subsidiariamente, faltando los testamentarios y legítimos.*) — « Desamparado fincando el mozo que fuese menor de catorce años, de guisa que su padre non le oviese dejado

« guardador en su testamento, nin oviese pariente cer-
 « cano que lo quisiese guardar, entonce la madre é los
 « otros parientes que heredaren á este mozo, si mo-
 « riese sin testamento, deben é pueden pedir al juez
 « del lugar que le dé guardador á tal, que sea bueno,
 « é rico, é que entienda que lo recibe mas por pro del
 « mozo que de sí mismo.... » *L. 12. tit. 16. Part. 6.*

§. CCXLIII. al fin, pág. 190. En España el derecho de dar tutores compete á los juezes ordinarios del lugar del domicilio, nacimiento ú origen del pupilo, ó finalmente al del pueblo donde esté situada la mayor parte de su patrimonio. Estos juezes ordinarios podrán delegar esta facultad al juez inferior, solamente en el caso de que los bienes del pupilo no escedan del valor de quinientos maravedís, *L. 12. tit. 16. Part. 6.* Mas si el pupilo es de la clase de los grandes, se ha de recurrir al mismo rei, *L. 17. tit. 1. lib. 6. Nov. Rec.*

§. CCL. pág. 195. lín. 15 y 16. (*Cuando el tutor interponía su autoridad, debía estar presente al mismo negocio.*) — Entre nosotros debe tambien el tutor interponer su autoridad por sí mismo, y no por otro ni por medio de carta, *L. 17. tit. 16. Part. 6*; aunque no está decidido si esto debe verificarse al instante, ó si puede hacerse pasado algun tiempo.

§. CCLI. CCLII. pág. 196. lín. 21, 22 y 23. (*Se necesita de la autoridad del tutor, siempre que pudiera hacerse peor la condicion del pupilo.*) — « Otrosí, de-
 « cimos que el mozo non puede facer pleito, nin pos-
 « tura con otro ninguno, en que obligue ninguna
 « cosa de sus bienes, á ménos de otorgamiento de su
 « guardador é si lo ficiere á daño de sí, non debe va-
 « ler.... » *L. 17. tit. 16. Part. 6.*

§. CCLIII. pág. 197. lín. 32, 33 y 34. (*Las leyes prohiben espresamente que el pupilo admita la herencia sin dicha autoridad, del tutor.*) — Lo dispuesto por

nuestras leyes viene á ser lo mismo; porque siendo cierto que un heredero que acepta una herencia se obliga, respecto de los acreedores, legatarios y fideicomisarios del difunto, y siéndolo tambien que el pupilo no puede obligarse sin que medie la autoridad del tutor, *L. 17. tit. 16. Part. 6*, debe inferirse que el pupilo sin esta autoridad no puede admitir la herencia. Véase dicha *L. 17*.

§. CCLVIII. pág. 199. lín. 30 y 31. (*Se acaba la tutela, ya se muera el tutor, ya el pupilo.*)—*L. 21. tit. 16. Part. 6*.

§. CCLIX. pág. 200. lín. 31 y 32. (*Otro modo de acabarse la tutela es la capitis-diminucion.*)—Véase la *L. 21*. arriba citada.

§. CCLX. pág. 202. lín. 3 y 4. (*El tercer modo de acabarse la tutela, es la pubertad.*)— « Durar debe el « oficio de los guardadores, fasta que los huérfanos « sean de edad de catorce años, si fueren varones, é « si fueren mujeres, fasta que sean de doce....» La misma *L. 21*, donde se hace mencion de los demas modos de acabarse la tutela, y esplica la obligacion que incumbe al tutor de dar cuentas concluida la tutela.

§. CCLXVI. pág. 206. lín. 11 y 12. (*Luego los curadores se dan á aquellos etc.*) — « Curatores son llama- « dos en latin aquellos que dan por guardadores á « los mayores de catorce años, é menores de veinte « y cinco años, seyendo en su acuerdo. E aun á los « que fuesen mayores, seyendo locos ó desmemoria- « dos etc. » *L. 13. tit. 16. Part. 6*.

§. CCLXVIII. pág. 207. lín. 22 y 23. (*Pero á la testamentaria no hai lugar.*)—En España el curador dado en testamento debe ser confirmado por el juez, si este creyere que tal curador será útil al menor, segun espresamente lo establece la *L. 13. tit. 16. Part. 6*.

§. CCLXXII. pág. 212. lín. 24, 25 y 26. (*Si pues*

los jóvenes quieren librarse, de la tutela, deben pedir curadores.) — Entre nosotros es costumbre que los pidan ellos mismos, siempre que no le tengan nombrado en testamento; porqué entónces será este confirmado por el juez, segun queda dicho en la nota anterior.

§. CCLXXXI. CCLXXXII. pág. 217. lín. 33 y 34. (No están obligados á afianzar los tutores testamentarios.) — En España nada se halla espresamente establecido sobre la necesidad de imponer ó dispensar de la fianza á los tutores dados en testamento. Pero atendiendo á que la *L. 94. tit. 18. Part. 3.* y la *L. 9. tit. 16. Part. 6.*, que imponen á los tutores esta obligacion, hablan solo de los legítimos, parece probable que los testamentarios, segun el espíritu de dichas leyes, están exentos de dar fianzas. Y esto mismo confirma la partícula adversativa *pero*, con que empieza al verso de dicha lei, que habla de la fianza. Véase á Greg. Lopez en la *glos. 5* de la misma *L. 9*; donde tambien aprueba las disposiciones del derecho romano sobre el patrono y sus hijos, y los tutores dados con inquisicion, diciendo, no obstante, que en la práctica á todos los dativos se exige la fianza. Por lo que hace a la madre y á la abuela; á quienes faltando tutores testamentarios, se confiere la tutela por órden sucesivo; es decir, primero á la madre, y despues á la abuela, quieren Aso y de Manuel (*Inst. de Castilla, lib. I. cap. 3. vers. como*) que no están obligados á dar fianzas, fundándose en la *L. 9. tit. 16. Part. 6.* Pero es mucho mas probable la opinion contraria, que defiende Greg. Lopez en la *glos. 8.* de dicha lei, y Gutierrez de *tutel. part. 1. cap. 12. n. 16.*, apoyados en que sin embargo de que la citada *L. 9.* no requiera especialmente la fianza en la madre ni en la abuela; no obstante, la requiere indistintamente en los tutores legítimos; y no hai duda que

la madre y la abuela son tutores legítimas, ó que por lo ménos se deben considerar como tales, si es que á su tutela se quiere dar el nombre de anómala, como algunos hacen. Véase á Gutierrez en *dicho num.* 16, donde examina esta cuestion con estension y profundidad. (Sala, *Inst. Rom. Hisp. lib. I. not. al pr. del tit. 24.*)

§. CCLXXXIV. CCLXXXV. al fin, pág. 223.— Sobre los efectos que producen las fianzas que dan los tutores y curadores, pueden verse las leyes siguientes; *L. 23 y 26. tit. 13. Part. 5. L. 21. tit. 16. Part. 6. y la L. 94. tit. 18. Part. 3.*

§. CCLXXXIX. pág. 225. lín. 19 y 20. (*Se escusan los padres de muchos hijos.*) — En España el que tiene cinco hijos vivos se escusa de la tutela, y lo mismo sucede si se le hubiesen muerto en batalla ó en servicio de Dios y del rei, *L. 2. tit. 17. Part. 6.* Además de esto, el que tiene vivos seis hijos varones queda libre de otras cargas públicas, y esto aun cuando alguno de ellos muriese despues, *L. 7. tit. 2. lib. 10. de la Nov. Rec.*; por cuya lei se concede el mismo privilegio á todos los recién casados dentro de los primeros cuatro años de su casamiento; y en los primeros dos años de él están inmunes de todas las contribuciones públicas por dicha *L. 7.*

§. CCXCII. al fin, pág. 230. — Por las leyes españolas los doctores en leyes no están escusados de la tutela, como no sean juezes ó consejeros del rei, *L. 13. tit. 17. Part. 6.*; de manera que estos son de peor condicion que los gramáticos y otros, de quienes habla dicha *L. 3.*, y Gregor. Lopez en su *glos. 6.* á ella. Y esto puede consistir en que para el desempeño de una tutela son los mas idóneos. Por lo demas en otras cosas gozan de muchos privilegios, como puede verse en la *L. 8. tit. fin. de la part. 2.* Los gramáticos, retóricos y médicos se escusan, aunque no enseñen ni

ejerzan su profesion en el reino, con tal que lo hagan en otra parte con licencia del rei, *d. L. 3.* Además de esto, debe mencionarse aquí una excusa de la tutela, que no conocieron los romanos, y que la *L. 3. tit. 29. lib. 7. Nov. Recop. núm. 4.* concede á todos los que tuvieren doce ó mas yeguas de vientre. — La *L. 12. tit. 18. lib. 6. de la Nov. Recop.* revóca y anula todas las cartas Reales concedidas á vecinos pecheros para eximirse de la tutela y otras cargas, dándose la razon de que estas esenciones son perjudiciales al servicio del rei y al bien comun. Y no podemos asentir á lo que sientan Aso y de Manuel (*Inst. de Cast. lib. 1. tit. 4. cap. 1. §. 2. vers. se excusan*), diciendo que la citada *L. 12.* quitó á los plebeyos las excusas aprobadas en la *L. 2. tit. 17. Part. 6.*; esto es, las que provienen de la carga de tres tutelas, de pobreza, impericia y edad mayor de setenta años; y nos fundamos en que dicha *L. 12.* espresamente aprueba estas excusas y las demas concedidas en *nuestras leyes*, donde dice: « No aquellos que los derechos » y oficios.» (Sala, *Inst. Rom. Hispan. lib. 1. tit. 25. not. al §. 15.*)

§. CCXCVI. pág. 234. lín. 11. y sig. (*Porqué siendo cortas las remuneraciones.....no es justo hacer sufrir á ninguno dos encargos tan gravosos.*) — En España, en consideracion á ser mui gravoso el cargo de la tutela, concede á los tutores la *L. 2. tit. 7. lib. 3. del. Fuero Real*, la décima parte de los frutos ó réditos procedentes de los bienes del pupilo. Véase á Gaspar Baeza en su obra *de decima tutori hispano jure præstanda*, y á Juan Gutierrez, *de tutel. part. 3.*

§. CCCVIII. al fin, pág. 242. — En la *L. 1. tit. 18. Part. 6.* se mencionan las siguientes causas de sospecha, por las cuales debe el tutor ser removido de

la tutela : si desempeño mal la tutela de otro , si es enemigo del pupilo ó de sus cognados, si ante el juez asegura no poderse señalar alimentos al pupilo y es convencido de embustero , si no hiciese inventario de los bienes del pupilo , si no defiende en juicio al pupilo ni sus bienes , y si sabiendo que es tutor se esconde y no quiere parecer.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

Sean libres.

Fig. 1.^a Corso. Estico. Promo. Dado. Siro.

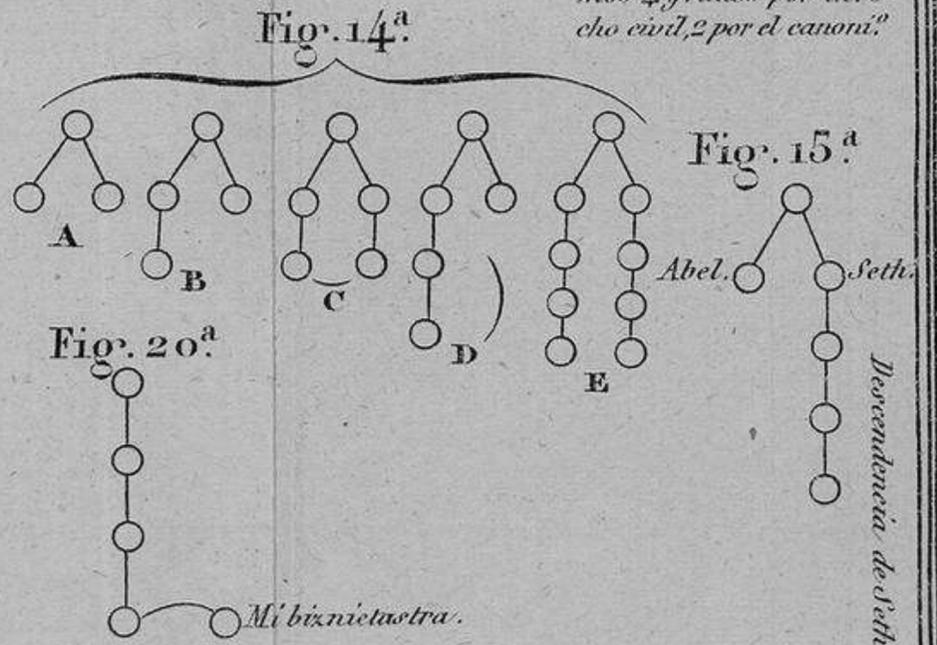
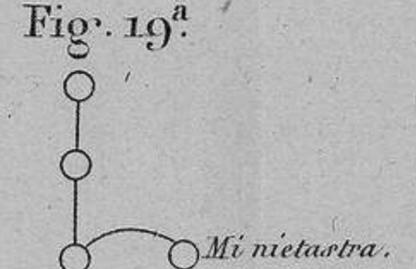
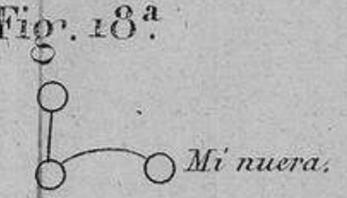
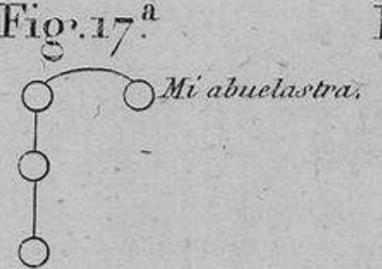
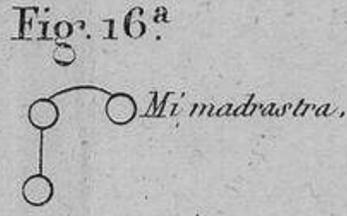
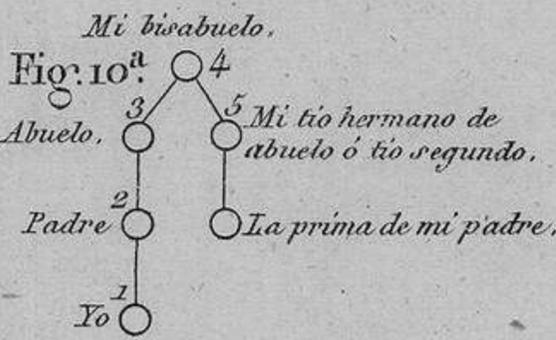
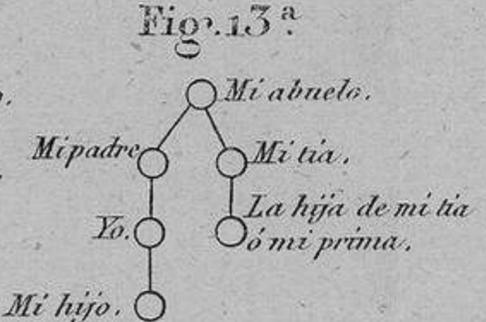
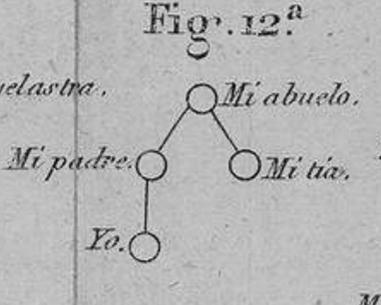
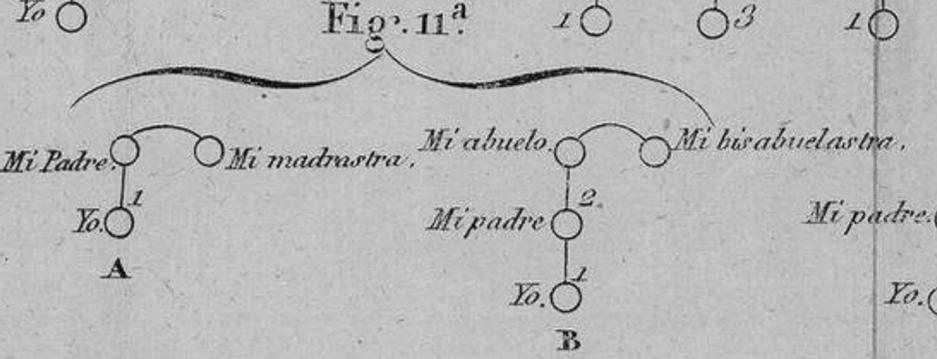
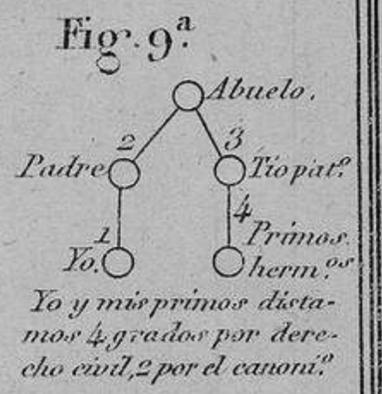
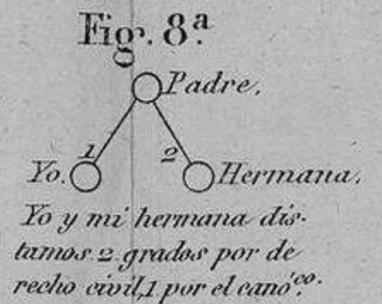
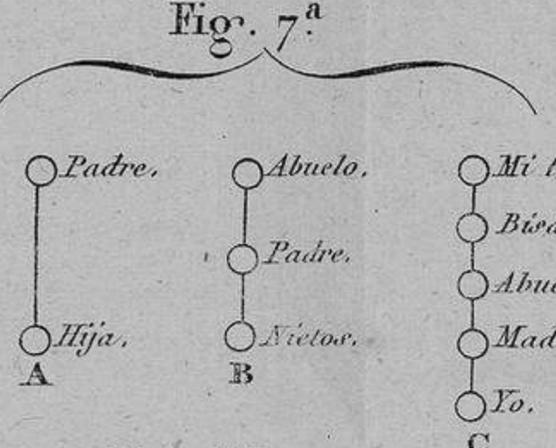
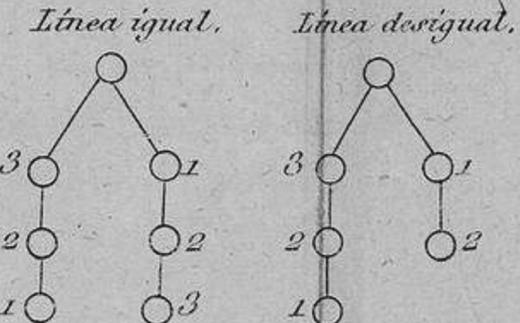
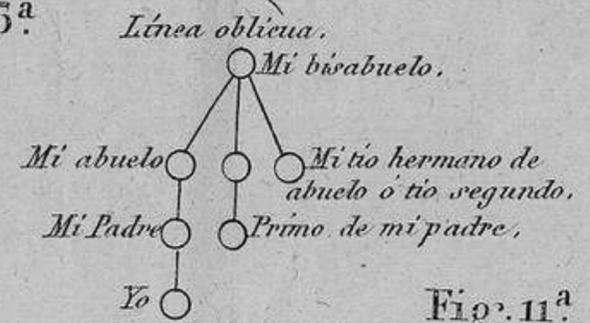
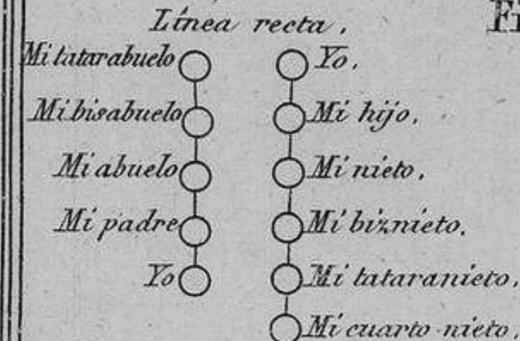
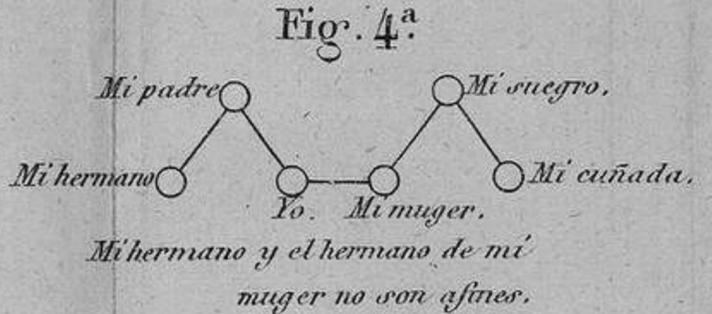
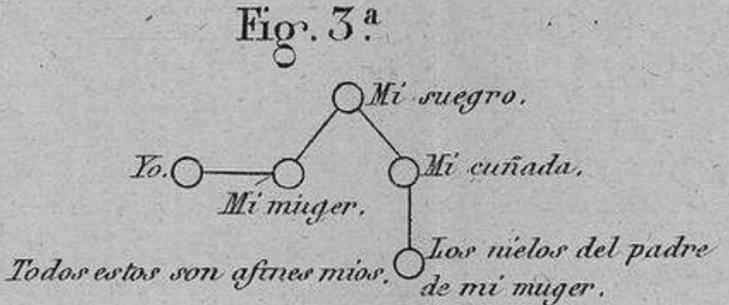
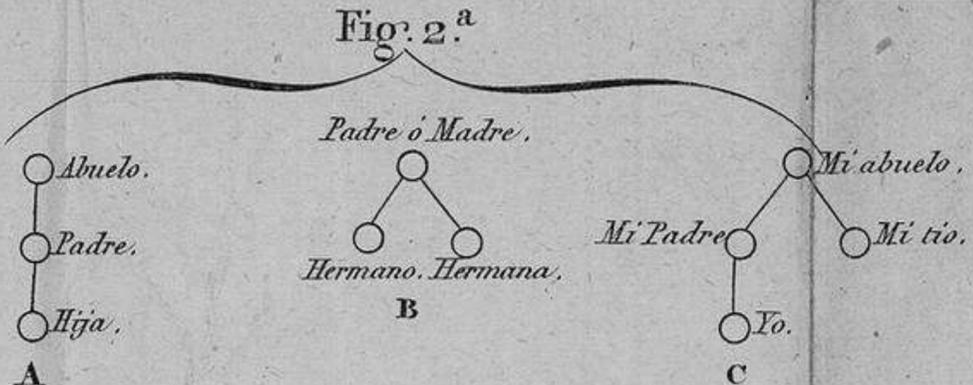
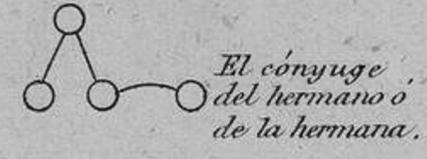
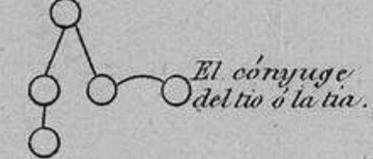


Fig. 1.^a



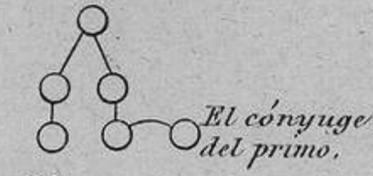
El cónyuge del hermano o de la hermana.

Fig. 2.^a



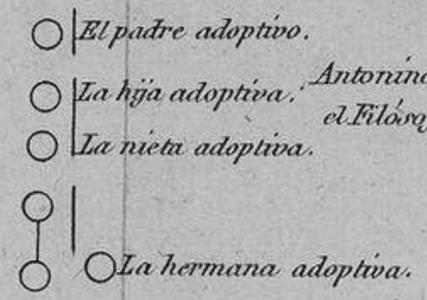
El cónyuge del tío o la tía.

Fig. 3.^a



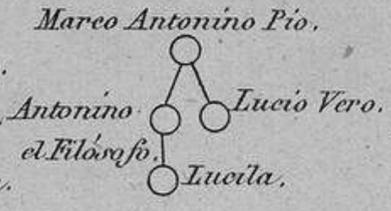
El cónyuge del primo.

Fig. 7.^a

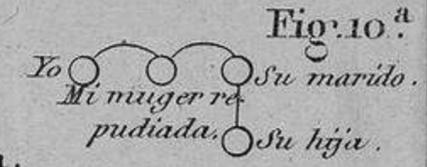


El padre adoptivo.
La hija adoptiva.
La nieta adoptiva.
La hermana adoptiva.

Fig. 8.^a

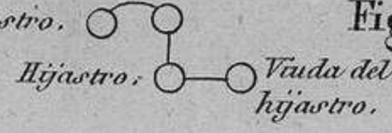


Marco Antonino Pio.
Antonino el Filósofo.
Lucio Vero.
Lucila.
Padraastro.



Yo.
Mi mujer re-
pudiada.
Su marido.
Su hija.

Fig. 9.^a



Hijaastro.
Viuda del
hijaastro.

Fig. 11.^a

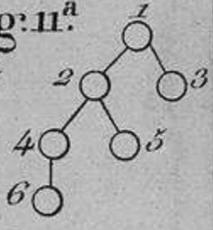
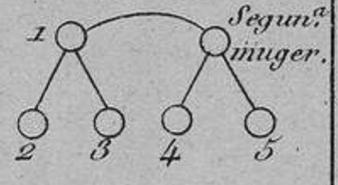


Fig. 12.^a



Segun.^a
muger.

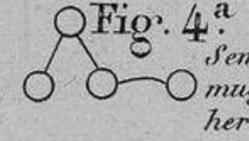


Fig. 4.^a
Sempronia
muger demi
hermano.



Fig. 5.^a
Yo.
mi herm. Sempronia



Fig. 6.^a
Yo.
Mi herm. Mevio.
Ticia.
Sempronia.

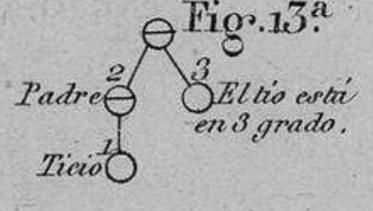


Fig. 13.^a
Padre.
Ticio.
El tío está
en 3 grado.

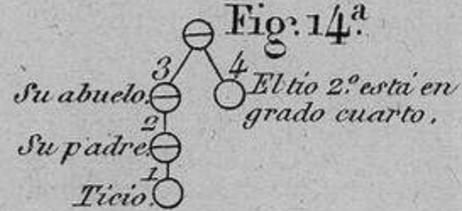


Fig. 14.^a
Su abuelo.
Su padre.
Ticio.
El tío 2.º está en
grado cuarto.

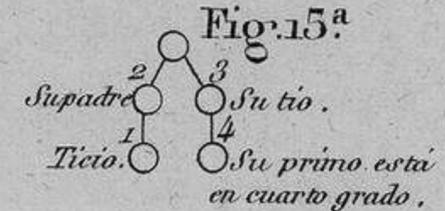


Fig. 15.^a
Supadre.
Ticio.
Su tío.
Su primo está
en cuarto grado.

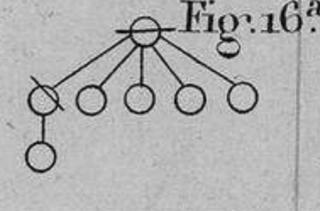


Fig. 16.^a

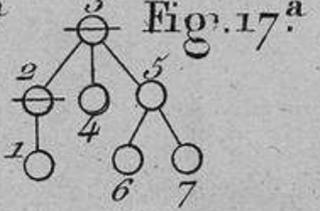


Fig. 17.^a

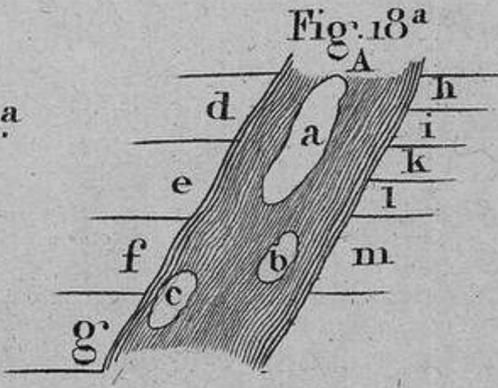


Fig. 18.^a

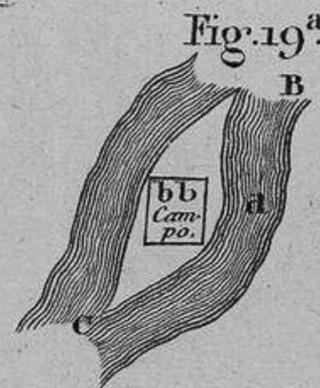


Fig. 19.^a



Fig. 24.^a



Fig. 20.^a

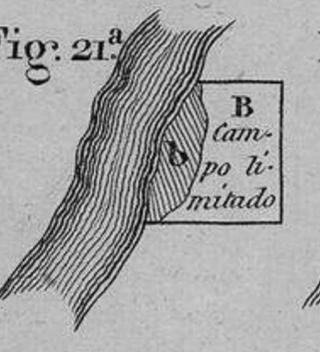


Fig. 21.^a

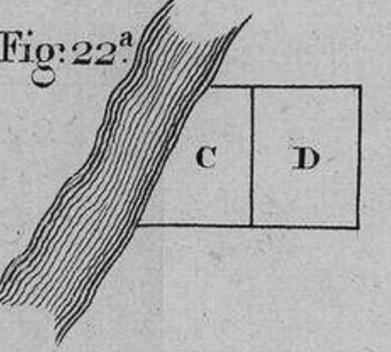


Fig. 22.^a

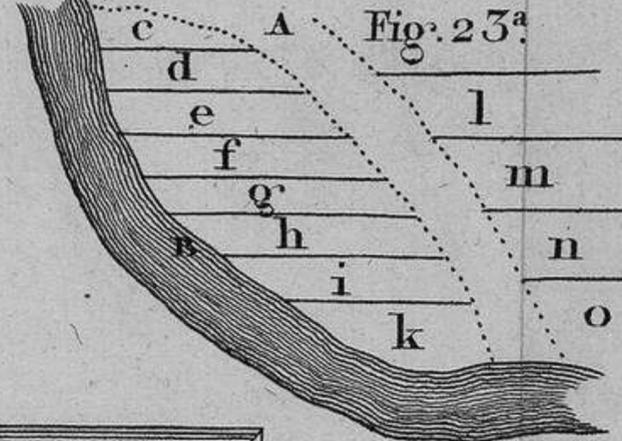


Fig. 23.^a

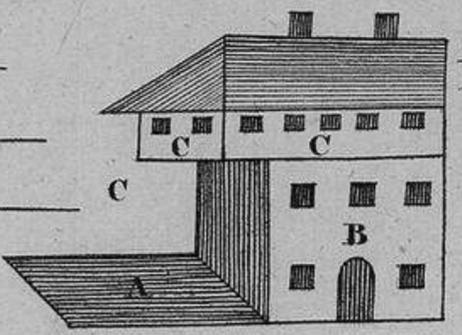


Fig. 25.^a

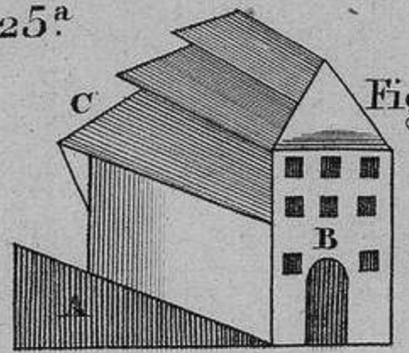


Fig. 26.^a

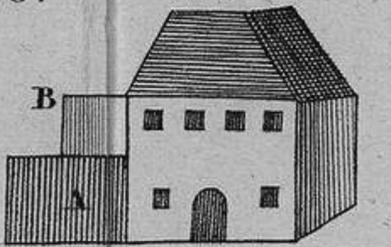


Fig. 27.^a

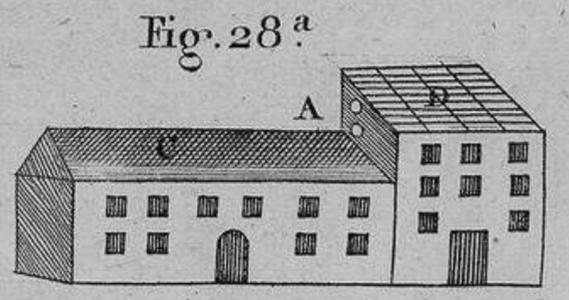


Fig. 28.^a

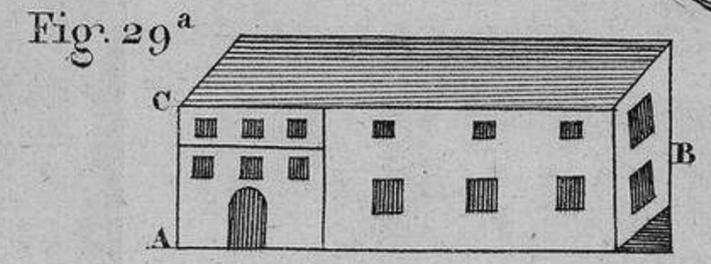


Fig. 29.^a

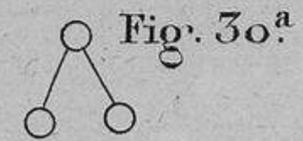
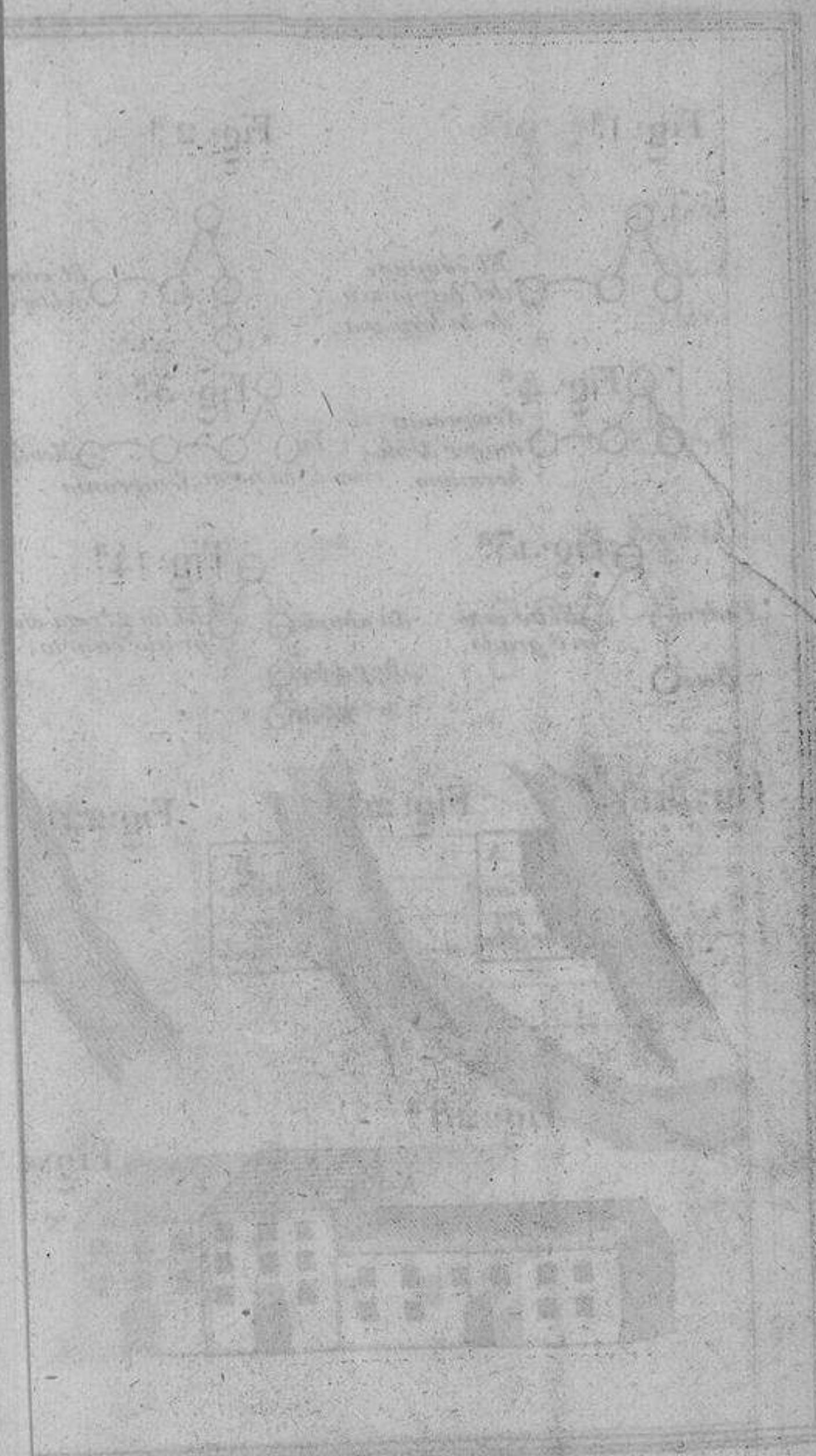


Fig. 30.^a



1/1

13239