

GAI INSTITUTIONES. COMMENTARIUS SECUNDUS INSTITUCIONES DE GAYO. COMENTARIO SEGUNDO

Traducción y notas de Yuri GONZÁLEZ ROLDÁN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *De rebus. De las cosas*. III. *De pupillis an aliquid a se alienare possunt. De los pupilos si pueden así enajenar algo*. IV. *De testamentis militum. Del testamento militar*. V. *De substitutionibus. De las sustituciones*. VI. *De legatis. De los legados*. VII. *Ad legem Falcidiam. Sobre la ley Falcidia*. VIII. *De inutiliter relictis legatis. De los legados dejados inútilmente*. IX. *De poenae causa relictis legatis. De los legados dejados por causa de pena*. X. *Ad fideicommissa. Sobre los fideicomisos*.

I. INTRODUCCIÓN

Hace algunos años tuvimos oportunidad de publicar el libro primero de las *Institutiones* de Gayo,¹ en tal ocasión mencionamos brevemente algunos datos sobre la biografía del jurista, la obra, así como los criterios seguidos para su traducción, que seguirán siendo los mismos en la presente; por ello, presentamos sin mayores preámbulos el segundo que corresponde al tema central de los "bienes" o "cosas".

La obra inicia con una clasificación de las cosas (2.1 a 2.14) y después de explicar la distinción entre *res Mancipi* y *nec Mancipi*, así como su forma de transmisión (2.14a-2.21), trata la *in iure cessio* y

¹ Yuri González Roldán, "Gai Institutiones. Commentarius Primus", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, vol. 24, 2000, pp. 271 a 354.

su aplicación específica (2.22 a 2.37), haciendo un paréntesis sobre la transmisión de las obligaciones (2.38 a 2.39).

Una vez que Gayo ha entrado en el tema del *dominium ex iure Quiritium* (2.40) procede al análisis de la usucapión como forma de adquisición del mencionado derecho (2.42 a 2.61) presentando el problema del propietario que no puede enajenar la cosa y del caso contrario (2.62 a 2.64); después explica los medios originarios que permiten obtener la propiedad (2.65 a 2.79), si los pupilos o las mujeres pueden enajenar algo (2.80 a 2.85); así como aquella que obtenemos por otras personas (2.86 a 2.96).

Dentro del argumento referente a la adquisición de una universalidad (2.97 a 2.98) el jurista trata de las herencias que se adquieren por testamento o *ab intestato* (2.99), procediendo al análisis de la primera (2.100 a 2.108), testamento militar (2.109 a 2.111); la *testamenti factio* (2.112 a 2.214); como se designa un heredero en el testamento (2.116 a 2.117); la necesidad del tutor cuando la mujer lo realiza (2.118); *bonorum possessio* (2.119 a 2.120); la validez de los testamentos realizados por las mujeres (2.121 a 2.122); la necesidad de nombrar o desheredar a los *sui heredes* (2.123 a 2.143); otras razones por las que se invalida el testamento (2.144 a 2.151a); tipos de herederos (2.152 a 2.173); las sustituciones (2.174 a 2.184); los esclavos que son designados como herederos (2.185 a 2.190).

Después que Gayo ha analizado la sucesión universal trata de los legados (2.191 a 2.223); de la ley Falcidia (2.224 a 2.228); de aquellos dejados inútilmente (2.229 a 2.234) así como los que son originados por una causa de pena (2.235 a 2.245) terminando la exposición con los fideicomisos (2.247 a 2.289).

La sencillez de la exposición así como la claridad en la materia permiten que el libro segundo de las *Instituciones* de Gayo pueda considerarse un instrumento fundamental en el estudio del derecho romano en las partes referentes a los bienes y a las sucesiones, por ello proponemos a los docentes y a los actuales estudiantes universitarios la presente traducción para que puedan utilizarla en el análisis de la materia, cumpliéndose así los propósitos didácticos del propio jurista del siglo II d.C.

II. DE REBUS.

DE LAS COSAS

1. ((*Superiore commentario de iure personarum*))² *exposuimus; modo videamus de rebus. Quae vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium habentur.*

Expusimos en el comentario precedente del derecho de las personas; veamos en este momento de las cosas. Que o bien están en nuestro patrimonio o bien son consideradas fuera de nuestro patrimonio.³

2. *Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani.*

Por lo tanto, la suma división de las cosas es separada en dos puntos: en efecto, algunas son de derecho divino, otras del humano.

3. *Divini iuris sunt veluti res sacrae et religiosae.*

Las de derecho divino son como por ejemplo las cosas sagradas y religiosas.⁴

4. *Sacrae sunt quae diis superis consecratae sunt; religiosae quae diis Manibus relictiae sunt.*

Las sagradas son las que son consagradas a los dioses superiores; las religiosas, las que son dejadas a los dioses "Manes".

5. *Sed sacrum quidem hoc solum existimatur quod ex auctoritate populi Romani consecratum est, veluti lege de ea re lata aut senatusconsulto facto.*

Pero ciertamente es considerado sagrado sólo lo que ha sido consagrado con base en la autoridad del pueblo romano, por ejemplo por una ley aprobada o bien un senadoconsulto hecho sobre esta cosa.

² Integrado según Ins. Just. 2.1.pr.

³ Mismo contenido en Inst. 2.1.pr.

⁴ Sobre las *res sacrae* y *religiosae* ver: José Luis Murga, "Nulidad o ilicitud en la enajenación de las *res sacrae*", *AHDE*, v. 41 (1971), pp. 555 a 638; Fabrizio Fabbrini, "Dai religiosa loca alle *res religiosae*", *BIDR*, v. 73 (1970), pp. 197 a 228; Carlo Busacca, "Ne quid in loco sacro religioso sancto fiat?", *SDHI*, v. 43 (1977), pp. 265 a 292; J. W. Tellegen, "Religio occupavit solum", *TR*, v. 54 (1986), pp. 73 a 83.

6. *Religiosum vero nostra voluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat.*

Pero al enterrar un muerto en un lugar nuestro, lo hacemos religioso por nuestra voluntad, con tal que nos pertenezca el funeral de aquel muerto.⁵

7. *Sed in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri, quia in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usumfructum habere videmur; utique tamen etiamsi non sit religiosum, pro religioso habetur. Item quod in provinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur.*

Pero la mayor parte (de los juristas) decide que en el suelo provincial no se hace religioso el suelo, porque en este suelo está el dominio del pueblo romano o bien del César; mientras resulta que nosotros solamente tenemos la posesión o bien el usufructo; ciertamente, sin

⁵ Un concepto de sepulcro lo encontramos en Ulpiano, *libro vicésimo quinto ad edictum D.11.7.2.5*: Sepulcro es el lugar donde están depositados el cuerpo o los huesos de un hombre; pero dice Celso que no todo el lugar que fue destinado a la sepultura es religioso, sino la parte en que fue inhumado el cuerpo. Sobre tal aspecto Paulo, *libro vigésimo séptimo ad edictum D.6.1.43*: Las cosas que están adheridas a las religiosas son religiosas; *idem, libro tertio quaestionum D.11.7.40*: Porque si alguno hubiera enterrado un cadáver con esta intención, porque pensara trasladarlo después de allí a otra parte, y más bien para depositarlo temporalmente que para enterrar allí el cadáver, y cual si hubiere determinado darle mansión eterna, el lugar permanecerá siendo profano; Gayo, *libro nono décimo ad edictum provinciale D.11.7.7.pr*: El que inhumó un muerto en lugar ajeno es obligado a desenterrar al que enterró o a pagar el precio del lugar por la acción que resulta del hecho, la cual compete tanto al heredero, como contra el heredero, y es perpetua; Ulpiano, *libro vicésimo quinto ad edictum D.11.7.8.pr*: Cuestionese si sea lícito al dueño del lugar desenterrar o hechar fuera sin decreto de los pontífices, o sin mandato del príncipe, los huesos o el cadáver que por otro fueron enterrados; y dice Labeón que se ha de esperar a permiso pontifical o mandato del príncipe, porque de otro modo habría la acción de injurias contra aquel que los desenterró; Paulo, *libro vicésimo séptimo ad edictum praetoris D.47.12.4*: Los sepulcros de los enemigos no son religiosos para nosotros, y por lo tanto podemos aplicar a cualquier uso las piedras quitadas de ellos y no compete la acción de sepulcro violado; Paulo, *libro tertio quaestionum D.11.7.44*: Cuando un cadáver fue enterrado en diversos lugares, ciertamente que uno y otro lugar no se hacen religiosos, porque la sepultura de uno solo no puede constituir muchos sepulcros, pero a mí me parece que es religioso aquel en donde fue enterrada la parte principal, esto es, la cabeza, cuya imagen es por donde somos conocidos; Gayo, *libro nono décimo ad edictum provinciale D.11.7.5*: Dícense sepulcros familiares los que alguno dedicó para sí y para su familia, pero hereditarios los que alguno destinó para sí y sus herederos.

embargo, aunque no sea religioso, se considera como religioso. En el mismo modo, lo que en las provincias no fue consagrado con base en la autoridad del pueblo romano, propiamente no es sagrado; sin embargo, se considera como sagrado.⁶

8. *Sanctae quoque res, veluti muri et portae, quodam modo divini iuris sunt.*

También las cosas santas, como por ejemplo los muros y las puertas, son en cierto modo de derecho divino.⁷

9. *Quod autem divini iuris est, id nullius in bonis est; id vero, quod humani ((iuris est, plerumque alicuius in bonis est: potest autem et nullius in bonis esse; nam res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt⁸)... (8 fere versus legi nequeunt)... sine domino.⁹*

De otra parte, lo que es de derecho divino, no está en los bienes de ninguno; pero lo que es de derecho humano, generalmente está en los bienes de alguno; pero puede también no estar en los bienes de ninguno, en efecto, las cosas hereditarias, antes que alguien exista como heredero no están en los bienes de ninguno...sin dueño.

10. *Hae autem ((res)),¹⁰ quae humani iuris sunt, aut publicae sunt aut privatae.*

De otra parte, estas cosas que son de derecho humano son o bien públicas o privadas.¹¹

⁶ Respecto al suelo provincial ver: Francesco Grelle, "L'appartenenza del suolo provinciale nell'analisi di Gaio, 2.7 e 2.22", *Index*, v. 18 (1990), pp. 167 a 183.

⁷ Inst. 2.1.10: También las cosas santas, como los muros y las puertas de una ciudad son en cierto modo de derecho divino y en su consecuencia no son de propiedad particular. Se llaman santos los muros porque cualquier atentado a las mismas se castiga con pena capital; por una razón semejante se llama sanción a la parte de la ley en que se fijan penas para los contraventores.

⁸ Integrado según D.1.8.1.pr.

⁹ Según la mayor parte de los editores, Gayo trataba en las líneas que faltan de las *res nullius* propiamente dichas, después de las *res derelictae*, concluyendo con la mención de los *servi sine domino*.

¹⁰ La presente inserción y las otras que han realizado los editores hasta el § 14 son basadas en D.1.8.1 (texto que corresponde a la presente obra).

¹¹ Sobre esta distinción ver: Max Kaser, "Ius publicum und ius privatum", *ZSS*, v. 116 (1986), pp. 1 a 101.

11. *Quae publicae sunt, nullius videntur in bonis esse: ipsius enim universitatis esse creduntur. Privatae sunt quae singulorum hominum ((sunt)).*

Las que son públicas, no se consideran estar en los bienes de ninguno; en efecto, se estiman que sean de la misma entidad.¹² Son privadas las que son de cada uno de los hombres.

12. *Quaedam prateriae res corporales sunt, quaedam incorporales.* Después algunas son cosas corporales, otras incorporales.¹³

13. *((Corporales)) hae ((sunt)), quae tangi possunt, veluti fundus homo vestis aurum argentum et denique aliae res innumerabiles.*

Son corporales las que pueden tocarse; como por ejemplo: un fundo, un esclavo, un vestido, oro, plata y en fin otras cosas innumerables.¹⁴

14. *Incorporales sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea quae ((in)) iure consistunt, sicut hereditas ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet ((quod in hereditate res corporales)) continentur et fructus qui ex fundo percipiuntur corporales sunt, et quod ex aliqua obligatione nobis debetur, id plerumque corporale est, veluti fundus homo pecunia; nam ipsum ius successionis et ipsum ius utendi fruendi et ipsum ius obligationis incorporale est. Eodem numero sunt iura praediorum urbanorum et rusticorum.¹⁵ (Praediorum urbanorum iura sunt veluti ius) altius tollendi (aedes suas et officiendi) luminibus vicini (aedium aut) non extollendi, ne luminibus vicini officiatur; item fluminum et stillicidiorum ius, (id est ut vicinus flumen vel stillicidium in) aream (vel in aedes suas recipiat; item cloacae immittendae et luminum immittendorum.*

¹² Marciano, libro tertio institutionum D. I. 8.6.1: Son de la comunidad y no de los particulares, por ejemplo, los teatros que hay en las ciudades y los estadios y otras cosas semejantes, así como también algunas otras que son comunes a las de las ciudades.

¹³ Sobre tal distinción el título II del libro I de las *Institutiones* de Justiniano, así también respecto a la bibliografía ver: Pierpaolo Zamorani, "Gaio e la distinzione *res corporales*, *res incorporales*", *Labeo*, v. 20 (1974), pp. 362 a 369; Frango Baldesarelli, "A proposito della rilevanza giuridica della distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* nel Digesto", *RIDA*, v. 37 (1990), pp. 71 a 116.

¹⁴ Mismo contenido en Inst. 2.2.1.

Praediorum rusticorum iura sunt veluti via iter actus, item pecoris ad aquam adpulsus, item) ius aquae ducendae. (Haec iura tam rusticorum quam urbanorum praediorum servitutes vocantur.

Son incorporales las que no pueden tocarse, como por ejemplo son las que consisten en un derecho como la herencia, el usufructo, las obligaciones contraídas en cualquier modo. No interesa el hecho que en una herencia son contenidas cosas corporales y que los frutos que son percibidos de un fundo son corporales y que lo que con base en cualquier obligación nos es debido generalmente es corporal; como por ejemplo: un fundo, un esclavo, el dinero; en efecto, el mismo derecho de sucesión y el mismo derecho de usar, disfrutar y el mismo derecho de obligación es incorporal.¹⁶ Del mismo número son los derechos de los predios urbanos y rústicos. Los derechos de los predios urbanos son por ejemplo: el derecho de alzar más alto sus casas y de tapar las luces de las casas del vecino o bien de no alzar, con la finalidad de no tapar las luces del vecino; igualmente, el derecho de aguas corrientes y agua de goteo; es decir, que el vecino reciba en su terreno o bien en sus casas el agua corriente o bien el agua de goteo; igualmente el derecho de introducir cloacas y abrir luces. Son derechos de los predios rústicos como por ejemplo: el camino, tránsito, pasaje, igualmente el derecho de conducir el ganado al agua, igualmente el derecho de conducir el agua. Estos derechos de los predios rústicos así como urbanos son llamados servidumbres.¹⁷

14. *(Est etiam alia rerum divisio: nam aut mancipi sunt aut) nec mancipi. Mancipi (sunt veluti fundus in Italico solo), item aedes in Italico solo, (item servi et ea animalia quae collo dorsove domari solent, veluti boves equi muli asini; item servitutes praediorum rusticorum. Nam servitutes¹⁸) praediorum urbanorum nec mancipi sunt. Item stipendiaria praedia et tributaria nec mancipi sunt.*

También hay otra división de las cosas: en efecto, son o bien *mancipi*, o bien *nec mancipi*. Son *mancipi* por ejemplo los fundos en suelo itálico, igualmente los esclavos y los animales que suelen ser

¹⁵ La parte que sigue no reproducida en el citado texto del Digesto es reconstruida por los editores.

¹⁶ Mismo contenido en Inst. 2.2.2.

¹⁷ Mismo contenido en Inst. 2.2.3.

¹⁸ Integrado por Krueger.

domados por el cuello o bien por la espalda, por ejemplo los bueyes, los caballos, las mulas, los asnos; igualmente las servidumbres de los predios rústicos; en efecto, las servidumbres de los predios urbanos son *nec Mancipi*. Igualmente los predios estipendarios y tributarios son *nec Mancipi*.

15. *Sed quod diximus (ea animalia, quae domari solent,) Mancipi esse, (quomodo intellegendum sit, quaeritur, quia non statim ut nata sunt domantur. Et nostrae quidem scholae auctores¹⁹) statim ut nata sunt Mancipi esse putant; Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea Mancipi esse putant, quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri Mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem pervenerint, in qua domari solent.*

Pero respecto a lo que dijimos que los animales que suelen ser domados son *Mancipi*, se discute en qué modo debe ser entendido, porque no son domados inmediatamente cuando nacieron. Y ciertamente los autores de nuestra escuela piensan que inmediatamente que nacieron son *Mancipi*; pero Nerva y Próculo y todos los otros autores de la escuela contraria piensan que son *Mancipi*, no de otro modo que si fueron domados; y si a causa de la excesiva ferocidad no pueden domarse, entonces comienzan a resultar que sean *Mancipi*, cuando hayan llegado a la edad en que suelen ser domados.²⁰

16. *At ferae bestiae nec Mancipi sunt, veluti ursi leones, item ea animalia quae fere bestiarum numero sunt, veluti elephanti et cameli. Et ideo ad rem non pertinet, quod haec animalia etiam collo dorsove domari solent; nam ne (notitia²¹) quidem eorum animalium illo tempore fuit, quo constituebatur quasdam res Mancipi esse, quasdam nec Mancipi.*

Pero las bestias feroces son *nec Mancipi*, por ejemplo: los osos, leones, igualmente los animales que están casi en el número de las bestias; por ejemplo: elefantes y camellos. Por lo tanto, tampoco in-

teresa el hecho que estos animales también suelen ser domados por el cuello o por la espalda; en efecto, no hubo tampoco la noticia de estos animales en aquel tiempo, en que era establecido que algunos eran cosas *Mancipi*, otras *nec Mancipi*.

17. *Sed item fere omnia quae incorporalia sunt nec Mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum: nam eas Mancipi esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium.*

Pero también casi todas las cosas que son incorpóreas son *nec Mancipi*, exceptuadas las servidumbres de los predios rústicos; en efecto, resulta que éstas son *Mancipi* aunque sean del número de las cosas incorpóreas.

18. *Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi. Pero gran diferencia existe entre las cosas Mancipi y nec Mancipi.*

19. *Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem.*

Ciertamente las mismas cosas *nec Mancipi* se hacen de pleno derecho de otro por *traditio*, si solamente son corporales y a causa de esto reciben la *traditio*.

20. *Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

Por lo tanto, si a ti transmito (mediante *traditio*) un vestido o bien oro o bien plata por causa de venta o bien donación o bien cualquier otra causa, se hace tuya inmediatamente esta cosa, con tal que yo de ésta sea dueño.

21. *In eadem causa sunt provincialia praedia, quorum alia stipendiaria alia tributaria vocamus. Stipendiaria sunt ea, quae in his provinciis sunt, quae propriae populi Romani esse intelleguntur; tributaria sunt ea, quae in his provinciis sunt, quae propriae Caesaris esse creduntur.*

En la misma causa son los predios provinciales, de los cuales denominamos algunos estipendarios otros tributarios. Son estipendarios los que son en estas provincias que son entendidas ser propias del

¹⁹ Integrado por Krueger.

²⁰ Sobre el presente ver: Giovanni Nicosia, "Animalia quae collo dorsove domantur", *Iura*, v. 18, pp. 45 a 107; "Il testo di Gai 2.15 e la sua integrazione", *Labeo*, v. 14 (1968), pp. 167 a 186.

²¹ Integrado por Kuebler.

pueblo romano; son tributarios los que son en estas provincias que son creídas ser propias del César.²²

22. *Mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae. Quod autem valet mancipatio, ((idem valet et in iure cessio.*

Por el contrario, son cosas *mancipi*, las que son transferidas a otro por *mancipatio*; por eso, también son denominadas *res mancipi*. Pero lo que vale respecto a la *mancipatio*, lo mismo también vale respecto a la *in iure cessio*.

23. *Et mancipatio)) quidem quemadmodum fiat, superiore commentario tradidimus.*

Y ciertamente como sea hecha la *mancipatio* lo hemos tratado en el comentario superior.²³

24. *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem (vel apud praesidem provinciae), is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit; idque legis actio vocatur. Hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.*

Pero la *in iure cessio* se hace en este modo: frente a un magistrado del pueblo romano, por ejemplo el pretor (o bien frente al gobernador de la provincia), él al cual es cedida *in iure* la cosa, teniendo la cosa dice así: "Afirmando yo que este hombre en base al derecho de los Quirites es mío"; y enseguida después que este haya vindicado, el pretor interroga al que cede, si no contravindica; negando o callando este, entonces al que haya vindicado atribuye aquella cosa; y esto es llamado *legis actio*. Esto puede ser hecho también en las provincias frente a sus gobernadores.²⁴

²² Al respecto ver la obra de Francesco Grelle, *Stipendium vel Tributum. L'imposizione fondiaria nelle dottrine giuridiche del II e III secolo* (Napoli, Jovene, 1963), pp. 1 a 103, así como las recensiones de Filippo Gallo en *SDHI*, v. 31 (1965), pp. 456 a 461; Jean Macqueron en Labeo, v. 13 (1967), pp. 267 a 273.

²³ Al respecto ver: Alessandro Corbino, "Il rituale della mancipatio nella descrizione di Gaio", *SDHI*, v. 42 (1976), pp. 149 a 196.

²⁴ Sobre este aspecto: Karl Hackl, "Der Sakramentsprozess ueber Herrschaftsrechte und die *In iure Cessio*", *ZSS*, v. 119 (1989), pp. 152 a 179.

25. *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur. Quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non interest nec necesse est cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae agere.*

Pero generalmente utilizamos casi siempre a las *mancipationes*. Ya que nosotros mismos podemos hacer tal cosa por nosotros con la presencia de amigos, no interesa ni es necesario hacerla con mayor dificultad frente al pretor o bien frente al gobernador de la provincia.

26. *Quod si neque mancipata neque in iure cessa sit res mancipi...32 fere versus desiderantur...25*

Porque si la cosa *mancipi* ni sea mancipada ni *in iure* cedida...

27. *(Praeterea) admonendi sumus, (quod veteres dicebant soli Italici nexum) esse, provincialis soli nexum non (esse, hanc habere) significationem: solum (Italicum) mancipi (esse), provinciale nec mancipi (esse). Aliter enim veteri lingua actus (vocantur, et quod illis nexum, idem nobis est) mancipatio.26*

Además, debemos recordar que lo que los antiguos decían que es *nexum* el suelo itálico, no es *nexum* el suelo provincial, tiene tal significado: el suelo itálico es *mancipi*, el provincial es *nec mancipi*. Ya que en la lengua antigua los actos son llamados diversamente y lo que para aquellos es *nexum*, lo mismo para nosotros es *mancipatio*.

28. *((Res)) incorporales traditionem non recipere manifestum est. Es evidente que las cosas incorporales no admiten traditio.*

29. *Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi ((tantum)) possunt, rusticorum vero etiam mancipari possunt.*

²⁵ Dice Arangio-Ruiz que tomando en consideración las pocas palabras que pueden leerse, los editores son de la idea que Gayo en el § 26 continuaba a exponer el régimen de las *res mancipi* transmitidas por simple *traditio*. Los textos que se encuentran en *Tit. Ex corp. Ulp* pueden llenar la laguna como 19.4-5: *Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos coloniarios Latinosque Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est. (5) Commercium est emendi vendendique invicem ius. La mancipatio tiene lugar entre ciudadanos romanos y latinos coloniarii y latinos Iunianos y aquellos peregrinos a los que fue dado el comercio. (5) Comercio es el derecho de comprar y vender recíprocamente.*

²⁶ Integrado por Beseler.

Pero los derechos de los predios urbanos pueden solamente transmitirse mediante *in iure cessio*, mientras de los rústicos pueden también ser mancipados.²⁷

30. *Ususfructus in iure cessionem tantum recipit. Nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi.*

El usufructo únicamente admite la *in iure cessio*; en efecto, el dueño de la propiedad puede ceder *in iure* a otro el usufructo, de modo que aquel obtenga el usufructo y el mismo retenga la nuda propiedad. El mismo usufructuario cediendo *in iure* al dueño de la propiedad hace de modo que el usufructo se separe de él y sea convertido en propiedad; pero cediendo *in iure* a otro, nada menos retiene su derecho, ya que se cree que nada se hace con esta cesión.²⁸

31. *Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt.*

Pero las cosas están así en los predios itálicos, porque también los mismos predios admiten *mancipatio* e *in iure cessio*. Diferentemente si alguien en los predios provinciales quiera constituir o bien un usufructo o bien el derecho de ir y conducir o bien de conducir agua o bien de construir más alto las casas o bien de no construirlas para que no se tape a las luces del vecino, y todos los demás derechos similares, puede hacerlo con pactos y estipulaciones, porque tampoco estos mismos predios no admiten *mancipatio* o *in iure cessio*.

²⁷ Al respecto ver Rosa Mentxaka, "Praedia rustica-praedia urbana. Consideraciones sobre los criterios distintivos en el derecho romano", *RIDA*, v. 33 (1986), pp. 149 a 178.

²⁸ Paulo, *libro tertio ad Vitellium* D.7.1.1: El usufructo es el derecho de usar y disfrutar da cosas ajenas quedando salva la naturaleza de las cosas; sobre tal ver: Giuseppe Grosso, "Note esegetiche in tema di usufrutto", *BIDR*, v. 74 (1971), pp. 37 a 43.

32. *Sed cum ususfructus et hominum et ceterorum animalium constitui possit, intellegere debemus horum usumfructum etiam in provinciis per in iure cessionem constitui posse.*

Pero pudiéndose constituir el usufructo bien sea de los esclavos bien sea de otros animales, debemos entender que su usufructo puede constituirse también en las provincias por *in iure cessio*.

33. *Quod autem diximus usumfructum in iure cessionem tantum recipere, non est temere dictum, quamvis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest: non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit ut apud alium ususfructus, apud alium proprietas sit.*

Pero lo que dijimos que el usufructo únicamente admite *in iure cessio*, no ha sido dicho sin reflexión, aunque también pueda ser constituido por *mancipatio* por el hecho que puede retenerse cuando se mancipa la propiedad; ya que el mismo usufructo no es mancipado, sino sustrayéndose cuando se mancipa la propiedad, por esto sucede que a uno pertenezca el usufructo, y a otro la propiedad.

34. *Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit.*
También la herencia admite únicamente *in iure cessio*.²⁹

35. *Nam si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, proinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset; post obligationem vero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora vero eius hereditatis proinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent.*

En efecto, si aquel al que pertenece en derecho legítimo la herencia *ab intestato*, la ceda *in iure* a otro antes de la aceptación, es decir, antes que haya sido heredero, por esto se hace heredero aquél al que haya cedido *in iure*, como si el mismo por ley hubiese sido llamado a la herencia; pero si haya cedido después de la obligación, nada

²⁹ Ver nuestra investigación: Yuri González Roldán, "In iure cessio hereditatis", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, vol. 20, 1996, pp. 277 a 333.

menos que el mismo permanece heredero y a causa de esto será obligado a los acreedores, pero las deudas perecen y de este modo los deudores hereditarios hacen lucro; pero los bienes corporales de esta herencia al mismo modo pasan al que ha sido cedida la herencia, como si le hubiesen sido cedidos *in iure* singularmente.

36. *Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit; postea vero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obligationem in iure cedat.*

Pero el heredero escrito en el testamento antes de la aceptación ciertamente cediendo *in iure* esta herencia a otro nada hace; pero si ceda después que haya aceptado, suceden las cosas que dijimos hace poco de aquel al que pertenece *ab intestato* por derecho legítimo la herencia, si la ceda *in iure* después de la obligación.

37. *Idem et de necessariis heredibus diversae scholae auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum aliquis adeundo hereditatem fiat heres, an invitus existat; quod quale sit, suo loco apparebit. Sed nostri praeceptores putant nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem.*

Los autores de la escuela contraria consideran lo mismo también de los herederos necesarios, porque no resulta de ningún interés si alguno aceptando la herencia se haga heredero, o bien sea tal en contra de su voluntad; como esto sucede aparecerá en su lugar. Pero nuestros maestros piensan que nada hace el heredero necesario cuando ceda *in iure* la herencia.

38. *Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales, ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis.*

Las obligaciones en cualquier modo contraídas no admiten nada de estas cosas; en efecto, lo que me es debido por alguno, si quisiera que sea debido a ti, no puedo hacerlo con ninguno de aquellos modos por los que se transfieren a otro las cosas corporales, pero es necesario, que ordenándolo por mí, tú te hagas prometer por éste; y

esta cosa hace de modo que él sea liberado respecto a mí y comience a estar obligado hacia ti, y esta cosa es llamada novación de la obligación.

39. *Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri.*

Pero sin esta novación no podrás ejercitar en tu nombre; sino debes con base en mi persona actuar como mi *cognitor* o bien *procurator*.³⁰

40. *Sequitur ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est, aut dominus non intellegitur. Quod iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere.*

Enseguida recordemos que ciertamente entre los peregrinos existe un solo dominio; en efecto, o bien cada uno es dueño, o bien no es entendido dueño. En un tiempo también el pueblo romano utilizaba este derecho; ya que o bien con base en el derecho de los Quirites cada uno era dueño, o bien no era entendido dueño. Pero después el dominio recibió una división, que alguno pueda ser con base en el derecho de los Quirites dueño, otro tener la misma cosa *in bonis*.

41. *Nam si tibi rem Mancipi neque Mancipa vero neque in iure cesserit, sed tantum tradiderit, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias; semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium, tua res esse, ac si ea Mancipata velin iure cessa esset.*

En efecto, si no te haya Mancipada ni cedida *in iure* una cosa Mancipi, sino únicamente te la haya transmitida por *traditio*, ciertamente esta cosa se incluye en tus bienes, pero permanecerá mía con base en el derecho de los Quirites, hasta que tú poseyéndola la usucapias; porque una vez completada la usucapición comienza a ser tuya la cosa por pleno derecho; esto es, bien sea *in bonis*, bien sea

³⁰ Sobre la cesión de créditos ver: Wladyslaw Rozwadowski, "Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano", *BIDR*, v. 76 (1973), pp. 11 a 170.

por el derecho de los Quirites, la cosa comienza a ser tuya como si ésta hubiera sido mancipada o bien cedida *in iure*.

42. *Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.*

De otra parte, la usucapión de las cosas muebles ciertamente se completa al año, pero de un fundo y de casas a los dos años; y en este modo fue establecido por la ley de las XII tablas.³¹

43. *Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, sive Mancipi sint eae res sive nec Mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum qui traderet dominum esse.*

De otra parte, nos compete también la usucapión de aquellas cosas que no nos hayan sido transmitidas mediante *traditio* por el dueño, sean estas cosas *Mancipi* o bien *nec Mancipi*, con tal que las hayamos recibido en buena fe, creyendo que quien transmitiera fuese dueño.³²

44. *Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.*

Por tal motivo resulta admitido esto, para que no estuvieran demasiado en incerteza los dominios de las cosas, siendo suficiente al dueño el espacio de un año o bien de dos años para indagar la cosa suya, y este tiempo fue concedido al poseedor para la usucapión.

45. *Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, veluti si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia.*

Pero algunas veces también si alguien en máximo grado posea la cosa ajena con buena fe; sin embargo, no le procede la usucapión;

³¹ Al respecto: Recven Yaron, "Reflections on Usucapio", *TR*, v. 35 (1967), pp. 191 a 229; Max Kaser, "Altroemisches Eigentum und usucapio", *ZSS*, v. 118 (1988), pp. 122 a 164.

³² Ver Herbert Hausmaninger, *Die Bona fides des Ersitzungsbesitzers im klassischen römischen Recht*, (Wien-München, Herold, 1964), pp. 7 a 96, así como la recensión de Antonio Masi en Labeo, v. 14 (1968), pp. 317 a 327.

por ejemplo,³³ si alguien posea la cosa robada o bien poseída con violencia; en efecto, la ley de las XII tablas prohíbe que sea usucapida la cosa robada, la ley Julia y Plautia la poseída con violencia.³⁴

46. *Item provincialia praedia usucapionem non recipiunt.*
Del mismo modo los predios provinciales no admiten la usucapión.

47. *Item olim mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res Mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent; id ita lege XII tabularum cautum erat.*

Del mismo modo en un tiempo las cosas *Mancipi* de la mujer que estaba en la tutela de los agnados no podían ser usucapidas, excepto que si por la misma con la autoridad del tutor hubieran sido transmitidas por *traditio*; esto así había sido establecido por la ley de las XII tablas.

48. *Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est.*

Del mismo modo, es evidente que los hombres libres y las cosas sagradas y religiosas no pueden ser usucapidas.

49. *Quod ergo vulgo dicitur furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit (nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet); sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat.*

Lo que así se dice comúnmente que la usucapión de las cosas robadas y poseídas con violencia fue prohibida por la ley de las XII tablas, no concierne el hecho de que el mismo ladrón o bien quien posee con violencia no pueda usucapir (ya que a éste con base en otra razón no compete la usucapión, porque se entiende que posee con mala fe); sino que ningún otro, si bien haya comprado con base en la buena fe no tenga el derecho de usucapir.³⁵

³³ Mismo contenido pero con diferentes ejemplos en Inst. 2.6.1.

³⁴ En Inst. 2.6.1 se hace referencia también a una ley Atinia.

³⁵ Mismo contenido en Inst. 2.6.3.

50. *Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam si ex alia causa tradatur. Sed tamen hoc aliquando aliter se habet; nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam existimans eam esse hereditariam vendiderit aut donaverit, furtum non committit; item si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat et efficiat, ut a possessore usucapiatur.*

Por esto en las cosas muebles no procede fácilmente que competa la usucapición al poseedor de buena fe, porque quien vendió la cosa ajena y transmitió comete hurto; y lo mismo también sucede si con base en otra causa sea entregada por *traditio*. Pero sin embargo, ciertas veces esto se hace diferentemente; en efecto, si el heredero haya vendido o bien donado la cosa dada en comodato o bien arrendada o depositada al difunto estimando que ésta es hereditaria, no comete hurto; también si éste, al que pertenece el usufructo de la esclava, haya vendido o donado el parto creyendo que también es suyo, no comete hurto; ya que el hurto no es cometido sin intención de hurtar. También en otros modos puede suceder que alguien sin vicio del hurto transfiera una cosa ajena a otro y haga de modo que sea usucapida por el poseedor.³⁶

51. *Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit; quam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, poterit usucapere possessor: et quamvis ipse, qui vacantem possessionem nactus est, intellegat alienum esse fundum, tamen nihil hoc bonae fidei possessori ad usucapionem nocet, cum improbata sit eorum sententia, qui putaverint furtivum fundum fieri posse.*

También de un fundo ajeno alguien puede sin violencia obtener la posesión, que sea vacante o bien por la negligencia del dueño, o bien porque el dueño haya muerto sin descendiente o bien haya estado

lejano por largo tiempo; y esta posesión si haya transmitido a otro aceptante en buena fe, podrá usucapir el poseedor; y aunque el mismo, que obtuvo la posesión vacante, sepa que es ajeno el fundo, sin embargo esto no perjudica por nada al poseedor de buena fe respecto a la usucapición, no resultando aprobada la opinión de los que hayan estimado que un fundo pueda convertirse en objeto de hurto.³⁷

52. *Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere usucapiat, veluti si rem hereditariam, cuius possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est, quae recipit usucapionem: quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur.*

De otra parte, por el contrario, sucede que usucapie quien sepa de poseer una cosa ajena; por ejemplo, si alguien haya poseído una cosa hereditaria cuya posesión el heredero todavía no obtuvo; en efecto, le fue concedido de usucapir con tal que aquella sea una cosa que admite la usucapición; y esta especie de posesión y usucapición es llamada *pro herede*.³⁸

53. *Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res, quae solo continentur, anno usucapiantur.*

Y esta usucapición fue concedida en este solo caso, que también las cosas que son contenidas en el suelo sean usucapidas en un año.

³⁷ Mismo contenido en Inst. 2.6.7 complementado con Gayo, libro segundo rerum cottidianarum sive aureorum D.41.3.38. Sobre las *res derelictae* ver: Letizia Vacca, *Derelictio e Acquisto delle res pro derelicto habitae* (Giuffrè, Milano, 1984), pp. 1 a 168; Alberto Burdese, "In tema di *res derelictae*", *BIDR*, v. 92-93 (1989-1990), pp. 625 a 636; Laura Solidoro Maruotti, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano* (Jovene, Napoli, 1989), pp. 5 a 348; recensión a la presente obra por Alberto Burdese en *SDHI*, v. 56 (1990), pp. 427 a 443.

³⁸ Pomponio, libro trigensimo secundo ad Sabinum D.41.5.1: A título de heredero no se puede usucapir nada de los bienes del que vive aunque el poseedor haya estimado que la cosa era de uno que había muerto; Paulo, libro quinto ad legem Iuliam et Papiam D.41.5.4: Es sabido que el que tiene la *testamenti factio* puede usucapir como heredero. Respecto a la bibliografía ver: Gennaro Franciosi, *Usucapio pro herede* (Jovene, Napoli, 1965), pp. 5 a 206; recensiones de Filippo Gallo en *SDHI*, v. 32 (1966), pp. 416 a 427 y Theo Mayer-Maly en *Labeo*, v. 14 (1968), pp. 209 a 214; Geoffrey Mac Cormack, "Usucapio pro herede, *res hereditariae* and *furtum*", *RIDA*, v. 25 (1978), pp. 293 a 305; Enrique Gómez-Royo, "Bona fides und usucapio pro herede", *RIDA*, v. 39 (1992), pp. 167 a 184; Alfonso Castro Sáenz, Aproximación a la *usucapio pro herede*, *RIDA*, v. 45 (1998), pp. 143 a 208; así como en el v. 46 (1999), pp. 166 a 218.

³⁶ Confrontar con Inst. 2.6.4-6.

54. *Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione veluti ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. Lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno: ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. Et quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit.*

Pero esta es la razón por la que en este caso se haya constituido la usucapación anual también de las cosas del suelo; porque en un tiempo se pensaba que por la posesión de las cosas hereditarias eran usucapidas las mismas herencias y ciertamente en un año; ya que la ley de las XII tablas ordenó que las cosas del suelo son usucapidas a los dos años, pero todas las otras cosas al año; y por tanto, la herencia se consideraba que estaba en todas las otras cosas porque no es del suelo, y porque no es corporal; y aunque después haya sido estimado que las mismas herencias no pueden ser usucapidas, sin embargo, en todas las cosas hereditarias, también en las que son tenidas en el suelo, permaneció la usucapación anual.

55. *Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.*

Pero la razón por la que haya sido concedido en general una posesión y usucapación tan injusta, es ésta: que quisieron los antiguos que las herencias fuesen aceptadas más rápidamente para que existieran quienes atendieran los cultos familiares, de los que en aquellos tiempos existió una gran observación, y para que los acreedores tuviesen a quién exigir lo suyo.

56. *Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur: nam sciens quisque rem alienam lucrificat.*

De otra parte, esta especie de posesión y usucapación también es llamada lucrativa; en efecto, cada uno sabiéndolo, lucra una cosa ajena.

57. *Sed hoc tempore iam non est lucrativa. Nam ex auctoritate ((divi)) Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones*

revocarentur. Et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit hereditatem petendo proinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset.

Pero en este tiempo no es ya lucrativa; en efecto, fue hecho un senadoconsulto con base en la autoridad del divino Adriano, para que fuesen revocadas tales usucapiones. Y por este motivo, puede el heredero pidiendo la herencia al que usucapió la cosa, conseguir la cosa misma, como si no hubiese sido usucapida.

58. *((Suo))³⁹ et necessario tamen herede extante nihil ipso iure pro herede usucapi potest.*

Sin embargo, existiendo un heredero *suus et necessarius* nada se puede usucapir de pleno derecho como heredero.

59. *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. Nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet soli si sit.*

Todavía también con base en otras causas cada uno sabiéndolo usucapie una cosa ajena; en efecto, quien haya dado una cosa a otro por causa de fiducia mediante *mancipatio* o bien *in iure cessio*, si el mismo haya poseído la misma cosa, puede usucapir, ciertamente al año si sea del suelo.

60. *Sed fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostrae res apud eum essent, siquidem cum amico, contracta sit fiducia, sane omni modo competit usus receptio; si vero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret: quo casu lucrativa usus capio competit.*

Pero la fiducia se contrae o bien con un acreedor por derecho de prenda, o bien con un amigo, para que nuestras cosas fuesen más seguras con él, claramente si la fiducia haya sido contraída con un amigo, compete de todos modos la *usus receptio*; pero si con un acreedor, ciertamente pagado el dinero compete de todos modos, pero si no es pagado todavía, compete sólo en este modo, si el deudor no haya arrendado del acreedor aquella cosa ni haya pedido a título de

³⁹ Integrado por Solazzi.

precario que le fuese permitido de poseer aquella cosa; en tal caso compete la usucapión lucrativa.⁴⁰

61. *Item si rem obligatam sibi populus vendiderit eamque dominus possederit, concessa est usus receptio; sed hoc casu praedium biennio usurecipitur. Et hoc est quod vulgo dicitur ex praediatura possessionem usurecipi: nam qui mercatur a populo, praediator appellatur.*

También si el pueblo haya vendido la cosa obligada a sí mismo y el dueño la haya poseído, fue concedida la *usus receptio*; pero en este caso el predio sufre la *usus receptio* a los dos años. Y esto es lo que se dice comúnmente que la posesión por *praediatura* sufre la *usus receptio*; ciertamente, el que adquiere del pueblo es llamado *praediator*.

62. *Accidit aliquando, ut qui dominus sit alienandae rei potestatem non habeat, et qui dominus non sit alienare possit.*

Sucede ciertas veces que quien sea dueño no tenga la potestad de enajenar la cosa y quien no sea dueño pueda enajenarla.⁴¹

63. *Nam dotale praedium maritus invita muliere per legem Iuliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit vel mancipatum ei dotis causa vel in iure cessum vel usucaptum. Quod quidem ius utrum ad Italica tantum praedia an etiam ad provincialia pertineat, dubitatur.*

En efecto, por la ley Julia es prohibido al marido enajenar el predio dotal contra la voluntad de la esposa, aunque sea del mismo, o bien, porque por causa de dote le fue mancipado o bien cedido *in iure*, o bien lo haya usucapido. Ciertamente se duda si este derecho se refiere sólo a los predios itálicos o también a los provinciales.⁴²

⁴⁰ Sobre la *fiducia* ver: Bert Noordraven, "Die Fiducia im Roemischen Recht", *Index*, v. 18 (1990), pp. 229 a 264.

⁴¹ Mismo contenido en Inst. 2.8.pr.

⁴² En Inst. 2.8.pr Justiniano hace referencia a una corrección hecha a la ley Julia (que se encuentra también en C.5.13.1.15): "...Nosotros hemos corregido los términos de la ley Julia, mejorándola. La ley sólo era aplicable a los fundos situados en suelo itálico y permitía las enajenaciones hechas por el marido con el consentimiento de su esposa, a la vez que prohibía las hipotecas, incluso en el caso de que la mujer diese su consentimiento; pues bien, hemos remediado estos inconvenientes extendiendo la prohibición de enajenar a los fundos provinciales y prohibiendo la enajenación lo mismo que la hipoteca del fundo dotal, aun en el caso de que las esposas presten su consentimiento, a fin de evitar que la fragilidad propia del sexo femenino sea causa de quebrantos económicos para ellas.

64. *Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator rem absentis, cuius negotiorum administratio ei permissa est; item creditor pignus ex pactione, quamvis eius ea res non sit. Sed hoc forsitam ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur.*

Por el contrario, con base en la ley de las XII tablas el agnado curador del furioso puede enajenar la cosa del furioso; del mismo modo el procurador puede enajenar la cosa del ausente, la administración de cuyos negocios le fue permitida; del mismo modo el acreedor puede enajenar la prenda con base en un pacto, aunque aquella cosa no sea suya. Pero esto quizá parece que se hace por el hecho de que se considera que la prenda se enajena por la voluntad del deudor, que anteriormente pactó, que fuera lícito al acreedor vender la prenda, si no sea pagado el dinero.⁴³

65. *Ergo ex his quae diximus apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea quae traditione alienantur; quaedam civili, nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est civium Romanorum.*

Consecuentemente, con base en lo que dijimos es evidente que algunas cosas son enajenadas por el derecho natural, como son aquellas que son enajenadas por *traditio*, otras por el derecho civil; en efecto, el derecho de la *mancipatio* e *in iure cessio* y *usucapio* es propio de los ciudadanos romanos.

66. *Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo adepti erimus, quia antea nullius essent; qualia sunt omnia quae terra mari caelo capiuntur.*

Sin embargo no solamente las cosas que se hacen nuestras por *traditio* nos son adquiridas con base en la razón natural, sino tam-

⁴³ Confrontar con Inst. 2.8.1, que hace referencia a una constitución (en C.8.33.3) que para que los acreedores no encontraran dificultad en hacer valer sus derechos y los deudores no fueran despojados caprichosamente de lo que les pertenece estableció el modo de proceder en las ventas de las prendas. Del tenor de esta constitución se desprende que se ha prestado la atención debida lo mismo a los intereses de los acreedores que a los de los deudores. Respecto a la mencionada disposición de las XII tablas ver: Xavier D'ors, "Sobre 12 tab. 5, 7A. Si furiosus escit...", *AHDE*, v. 50 (1980), pp. 797 a 814.

bién las que conseguiremos ocupándolas por este motivo, porque antes no eran de ninguno, como son todas aquellas que se recogen de la tierra, el mar, el cielo.⁴⁴

67. *Itaque si feram bestiam aut volucrem aut piscem ceperimus, simul atque captum fuerit, statim nostrum fit et eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coerceatur: cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem se libertatem receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit: naturalem autem libertatem recipere videtur, cum aut oculos nostros evaserit, aut, licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen eius persecutio sit.*

Por lo tanto, si hayamos cogido una bestia feroz o bien un pájaro o bien un pez, al mismo tiempo que haya sido capturado, inmediatamente se hace nuestro y se considera que es nuestro, por todo el tiempo que sea mantenido en nuestra custodia; pero cuando se haya evadido de nuestra custodia y haya regresado en natural libertad, se hace de nuevo de quien lo ocupe, porque cesa de ser nuestro; pero se considera que recupera la libertad natural cuando o bien se haya evadido de nuestros ojos o bien, aunque sea en vista; sin embargo sea difícil su persecución.⁴⁵

68. *In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cervis, qui in silvas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium: revertendi autem animum videntur desinere habere cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

Pero respecto a aquellos animales que con base en la costumbre suelen alejarse y regresar, por ejemplo las palomas y las abejas, también los ciervos, que suelen ir y regresar en los bosques, tenemos tal regla transmitida; que si hayan cesado de tener el ánimo de regresar, también cesan de ser nuestros y se hacen de quienes los ocupan; pero

⁴⁴ Sobre tal aspecto: A. J. Arnaud, "Reflexion sur l'occupation, du Droit Romain classique au Droit Moderne", *RHDE*, v. 46 (1968), pp. 183 a 210; Renzo Lambertini, "Erepta a bestiis e occupazione", *Labeo*, v. 30 (1984), pp. 191 a 202.

⁴⁵ Sobre la posesión ver: Pierpaolo Zamorani, *Possessio e Animus* (Giuffrè, Milano, 1977), pp. 5 a 262, así como las recensiones a la presente obra por: Letizia Vacca en *BIDR*, v. 82 (1979), pp. 296 a 305; Valeria Castagna en *Iura*, v. 28 (1977), pp. 293 a 312.

se considera que cesan de tener el ánimo de regresar cuando hayan abandonado la costumbre de regresar.

69. *Ea quoque, quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt.*

También las cosas que son tomadas a los enemigos son hechas nuestras con base en la razón natural.

70. *Sed et id, quod per alluvionem nobis adicitur, eodem iure nostrum fit. Per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim flumen agro nostro adicit, ut aestimare non possimus, quantum quoquo momento temporis adiciatur: hoc est quod vulgo dicitur per adluvionem id adici videri, quod ita paulatim adicitur, ut oculos nostros fallat.*

Pero también lo que a nosotros se añade por aluvión, con base en el mismo derecho se hace nuestro. Pero resulta que se aumenta por aluvión lo que en este modo el río paulatinamente añade a un campo nuestro, de modo que no podemos estimar, cuanto sea añadido en cada momento del tiempo; esto es lo que comúnmente se dice que resulta que se añade por aluvión, lo que se añade así paulatinamente que no se ve a nuestros ojos.⁴⁶

71. *Itaque si flumen partem aliquam ex tuo praedio resciderit et ad meum praedium pertulerit, haec pars tua manet.*

También si el río haya tallado alguna parte de tu predio y la haya llevado a mi predio, esta parte permanece tuya.

72. *At si in medio flumine insula nata sit, haec eorum omnium communis est, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident: si vero non sit in medio flumine, ad eos pertinet, qui ab ea parte, quae proxima est, iuxta ripam praedia habent.*

⁴⁶ Gayo, libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum D.41.1.7.1: Además de esto, lo que por aluvión agregó el río a nuestro campo, se adquiere por el derecho de gentes para nosotros; pero se considera que se agrega por aluvión lo que se agrega paulatinamente, de suerte que no podamos determinar cuánto se agrega en cada momento de tiempo. Respecto a tal problema ver: Paolo Maddalena, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica* (Jovene, Napoli, 1970), pp. 1 a 138, así como las recensiones a la presente obra de Pasquale Voci en *Iura*, v. 21, pp. 236 a 240; Giuliano Cervenca en *Labeo*, v. 18, pp. 101 a 114; Paolo Maddalena, "A proposito di incrementi fluviali", *Labeo*, v. 20 (1974), pp. 224 a 233; Marco P. Pavese, "Fundus cum alluvionibus", *SDHI*, v. 66 (2000), pp. 63 a 117.

Y si en medio del río nació una isla, ésta es común de todos aquellos que de una u otra parte del río poseen los predios cercanos a la orilla; pero si no está en medio del río, pertenece a aquellos, que por aquella parte, que es próxima, tienen los predios cercanos a la orilla.⁴⁷

73. *Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis ille suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit.*

Además lo que en nuestro suelo fue edificado por alguno, si bien aquel haya edificado en su nombre, se hace nuestro por el derecho natural, porque la superficie accede al suelo.

74. *Multoque magis id accidit et in planta, quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit.*

Y mucho más esto sucede también en la planta que alguien haya puesto en nuestro suelo, con tal que haya comprendido la tierra con sus raíces.⁴⁸

75. *Idem contingit et in frumento, quod in solo nostro ab aliquo satum fuerit.*

Lo mismo sucede también en el cereal que en nuestro suelo haya sido sembrado por alguno.

76. *Sed si ab eo petamus fundum vel aedificium et impensas in aedificium vel in seminaria vel in sementem factas ei solvere nolum, poterit nos per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fuerit.*

⁴⁷ Paulo, libro sexto decimo ad Sabinum D.41.1.29: La isla formada en un río no se hace común *pro indiviso* de los que tienen predios junto a una de las orillas, sino dividiéndose por regiones; porque cada uno de ellos tendrá en la misma en porciones determinadas tanto cuanto haya delante de la orilla de cada cual, como si se hubiese tirado una línea recta a través de la isla; Ulpiano, libro sexagesimo octavo ad edictum D.43.12.1.6: Si en un río público se hubiere formado una isla, y en ella se hiciera alguna cosa, no se considera que se hace en sitio público, porque aquella isla o es del que la ocupa, si los campos estuvieran deslindados, o de aquel a cuya orilla toca, o si se formó en medio del cauce, es de aquellos que poseen junto a una y otra orilla.

⁴⁸ Paulo, libro quarto decimo ad Sabinum D.41.1.26.1: El árbol arrancado de raíz y plantado en otro campo es del dueño anterior antes que haya pegado; y luego que pegó cede al campo, y si de nuevo hubiera sido arrancado, no vuelve a su dueño anterior, porque es de creer que se convirtió en otro árbol con el alimento de otra tierra.

Pero si pedimos a éste el fundo o bien el edificio, y no queremos pagarle los gastos hechos en el edificio, o bien en la siembra, o bien en las semillas, nos podrá repeler por la excepción de dolo malo; en todo caso, si haya sido poseedor de buena fe.

77. *Eadem ratione probatum est, quod in chartulis sive membranarum meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sive membranarum cedunt. Itaque si ego eos libros easve membranas petam nec impensam scripturae solvam, per exceptionem doli mali summoventi potero.*

Por la misma razón fue aprobado que lo que alguno haya escrito en las hojas o bien en los pergaminos míos, aunque con letras doradas, sea mío, porque las letras acceden a las hojas o bien a los pergaminos. Por ello, si yo pida aquellos libros o aquellos pergaminos, y no pague el gasto de la escritura, podré ser rechazado por la excepción de dolo malo.

78. *Sed si in tabula mea aliquis pinxerit veluti imaginem, contra probatur; magis enim dicitur tabulam picturae cedere. Cuius diversitatis vix idonea ratio redditur: certe secundum hanc regulam si me possidente petas imaginem tuam esse, nec solvas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoventi; at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio adversum te dari debeat: quo casu nisi solvam impensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere, utique si bonae fidei possessor fueris. Illud palam est, quod sive tu subriperis tabulam sive alius, competit mihi furti actio.*

Pero si en mi tabla haya pintado alguno por ejemplo una imagen, es aprobado lo contrario ya que mayormente se dice que la tabla cede a la pintura. De esta diversidad se da fatigosamente una razón idónea; ciertamente según esta regla si poseyéndola yo, pidas que sea tuya la imagen y no pagues el precio de la tabla, podrás ser rechazado por la excepción de dolo malo, pero si tú poseas, consigue que a mí deba ser dada una acción útil contra ti; en este caso, salvo que pagase el gasto de la pintura, me podrás repeler por la excepción de dolo malo, ciertamente si hayas sido poseedor de buena fe. Aquello es notorio, que si o bien tú hayas sustraído la tabla o bien otro, me compete la acción de hurto.⁴⁹

⁴⁹ Ins. 2.1.34: ...Nosotros hemos preferido la opinión de los que consideran que lo accesorio es la tabla, porque sería ridículo que el cuadro de un Apeles o de un Parrasio cediese en

79. *In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur. Proinde si ex uvis ((aut olivis aut spicis)) meis vinum aut oleum aut frumentum feceris, quaeritur, utrum meum sit id vinum aut oleum aut frumentum, an tuum. Item si ex auro aut argento meo vas aliquod feceris, vel ex tabulis meis navem aut armarium aut subsellium fabricaveris, item si ex lana mea vestimentum feceris, vel si ex vino et melle meo mulsum feceris, sive ex medicamentis meis emplastrum vel collyrium feceris, ((quaeritur, utrum tuum sit id quod ex meo effeceris⁵⁰)), an meum. Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est ut cuius materia sit, illius et res quae facta sit videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio. Alii vero eius rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diversae scholae auctoribus visum est; sed eum quoque, cuius materia et substantia fuerit, furti adversus eum qui subriperit habere actionem; nec minus adversus eundem conditionem ei competere, quia extinctae res, licet vindicari non possint, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.*

También en otros casos se requiere la razón natural. Por lo tanto, si de mis uvas o aceitunas o espigas hayas hecho vino o aceite o cereal, se pregunta si sea mío aquel vino o aceite o cereal, o bien sea tuyo. Del mismo modo, si por mi oro o plata hayas hecho algún vaso, o bien por mis tablas hayas fabricado una nave o un armario o una silla; del mismo modo, si por mi lana hayas hecho un vestido, o bien si por mi vino y miel hayas hecho el *mulsum*, o bien por mis medicamentos hayas hecho un emplastro o bien un colirio, se pregunta si sea tuyo lo que hayas realizado con lo mío o bien mío. Algunos piensan que se deben considerar la materia y la sustancia; esto es, que se considere que la cosa que ha sido hecha sea de aquél de quien también sea la materia; y esto fue decidido sobre todo por Sabino y Casio. Pero otros piensan que la cosa es del que la haya hecho, y esto pareció sobre todo a los autores de la escuela contraria; y que pero aquel de que haya sido la materia y sustancia, en contra de quien haya robado, tiene la acción de hurto; y que no de menos, en contra del

favor de una miserable tabla. Sobre la *tabula picta* ver: Paolo Maddalena, "Tabula picta, ritorno a Jhering", *Labeo*, v. 13 (1967) pp. 68 a 74; "Accedere e cedere nelle fonti clasiche", *Labeo*, v. 17 (1971), pp. 169 a 186; Max Kaser, "Tabula picta", *TR* (1968) pp. 31 a 56; Glyn Thomas Watkin, "Tabula Picta, images and icons", *SDHI*, v. 50 (1984), pp. 383 a 399; Francesco Lucrezi, *La Tabula picta tra creatore e fruitore* (Jovene, Napoli, 1984), pp. 15 a 278.

⁵⁰ Integrado por Lachmann.

mismo le competa la *condictio*, porque las cosas extinguidas, aunque no puedan ser vindicadas, sin embargo, pueden ser reclamadas a los ladrones y a cualquier otros poseedores.⁵¹

III. DE PUPILLIS AN ALIQUID A SE ALIENARE POSSUNT.

DE LOS PUPILLOS SI PUEDEN POR ELLOS MISMOS ENAJENAR ALGO

80. *Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem Mancipi alienare posse; nec Mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse.*

⁵¹ Al respecto el mismo Gayo, *libro secundo rerum cottidianarum* D.41.1.7.7: Cuando alguno hubiere hecho en su nombre alguna cosa con materia de otro, opinan Nerva y Próculo, que es dueño el que lo hubiere hecho, porque lo que se hizo no había sido antes de nadie. Sabino y Casio opinan que la razón natural hace más bien que el mismo que haya sido dueño de la materia sea también dueño de lo que se haya hecho de la misma materia, porque sin la materia no se podría hacer ninguna cosa; por ejemplo, si con oro o plata o bronce hubiere yo hecho algún vaso; o si con tablas tuyas hubiere yo hecho una nave o un armario, o escaños o con lana tuya, un vestido; o con vino y miel, mulso; o con medicamentos tuyos un emplastro o un colirio, o con uvas, o aceitunas o espigas tuyas, vino o aceite o trigo; pero existe también la opinión intermedia de los que juzgan con razón, que si la cosa pudiera convertirse en la materia, es más verdadero lo que opinaron Sabino y Casio; y si no pudiera convertirse, que es más verdadero lo que les pareció bien a Nerva y a Próculo; por ejemplo, un vaso forjado puede convertirse en masa informe de oro, o de plata o de bronce, pero el vino o el aceite o el trigo no se pueden convertir en las uvas, las aceitunas y las espigas, y tampoco ciertamente el mulso se puede convertir en la miel y el vino, o el emplastro o los colirios en los medicamentos; pero a mí me parece, que con razón dijeron algunos que no se debe dudar que el trigo sacado de espigas ajenas es de aquel de quien también fueron las espigas, porque los granos, que se contienen en las espigas, tienen perfecta su especie, y el que trilló las espigas no hace una nueva especie, sino que descubre la que existe; Ulpiano, *libro sexto decimo ad edictum* D.6.1.5.1 menciona: escribe el mismo (Pomponio), que si de mi miel y de tu vino se hubiera hecho mulso, opinaron algunos que también esto se hace común; pero tengo por más verdadero, como también el mismo indica, que es más bien del que lo hizo, porque no contiene su propia primitiva especie. Mas si se hubiera mezclado plomo con plata, como se puede desunir, no se hará cosa común, ni se reclamará por la acción de división de cosa común, porque puede separarse; pero se ejercitará la acción real; pero si no pudiera (dice), desunirse, por ejemplo, si se hubiere mezclado bronce y oro, se ha de vindicar por la parte respectiva; y de ninguna manera se dirá lo que se ha dicho respecto al mulso, porque, aunque confundidas, permanecen no obstante una y otra materia; Paulo, *libro quarto decimo ad Sabinum* D.41.1.24: Respecto a todo lo que se puede reducir a su misma especie se ha de decir que, si subsistiendo la materia se hubiera cambiado acaso solamente la especie, como si con bronce mío hubieses hecho una estatua, o con plata una taza, yo continúo siendo dueño de estas cosas; Calistrato, *libro secundo institutionum* D.41.1.25: A no ser que esto haya sido hecho a nombre de otro con el consentimiento del dueño; porque por virtud del consentimiento del dueño toda la cosa se hace de aquel en

En este momento debemos advertir que ni la mujer ni el pupilo sin la autoridad del tutor pueden enajenar una cosa *mancipi*,⁵² pero una *nec mancipi* ciertamente la mujer puede, el pupilo no puede.

81. *Ideoque si quando mulier mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, quia facit eam accipientis, cum scilicet pecunia res nec mancipi sit, contrahit obligationem.*

Y por este motivo, si una mujer haya dado dinero en mutuo a alguna persona sin la autoridad del tutor, contrae una obligación, porque lo hace de quien lo recibe, siendo ciertamente el dinero una cosa *nec mancipi*.⁵³

82. *At si pupillus idem fecerit, quia non facit accipientis sine tutoris auctoritate, nullam contrahit obligationem: unde pupillus vindicare quidem nummos suos potest, sicubi extitit, id est eos petere... (6 fere versuum umbrae tantum cernuntur)...⁵⁴*

Pero si un pupilo haya hecho lo mismo, porque no lo hace de quien lo recibe sin la autoridad del tutor, no contrae ninguna obligación; por esto, ciertamente el pupilo puede reivindicar sus monedas, en el lugar en que estén, esto es, pedir las.⁵⁵

83. *Et ex contrario omnes res tam mancipi quam nec mancipi mulieribus et pupillis sine tutoris auctoritate solvi possunt, quoniam meliorem condicionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est.*

cuyo nombre fue hecha. El final del texto se encuentra también en Inst. 2.1.26. Sobre tal aspecto ver: Bernardo Santalucia, "Il contributo di Paolo alla dottrina della specificazione di mala fede", *BIDR*, v. 72 (1969), pp. 89 a 138; Joseph Plescia, "The case of specification in Roman Law", *Iura*, v. 24 (1973), pp. 214 a 221.

⁵² Mismo contenido en Inst. 2.8.2, por supuesto sin la referencia a la *res mancipi*.

⁵³ Confrontar con Inst. 2.8.2.

⁵⁴ Tomando en consideración las palabras y letras que se encuentran Mommsen integra: *suos ex iure Quiritium esse, neque tamen stricto iure petere potest sibi eos dari oportere. Unde de pupillo quidem quaeritur, an nummis quos mutuos dedit ab eo qui accepit consumptis civili actione eos persequi possit, quoniam dari eos sibi oportere intendere non potest. ...* que son suyas con base en el derecho de los Quirites, y no obstante, no puede pedir por el derecho estricto que existe una obligación a dárselas; por esto, ciertamente respecto al pupilo se pregunta si una vez consumidas las monedas que dio en mutuo por parte de quien las recibió pueda conseguir las con una acción civil, porque no puede afirmar que exista una obligación de dárselas.

⁵⁵ Confrontar con Inst. 2.8.2.

Y por el contrario, todas las cosas tanto *mancipi* como *nec mancipi* pueden ser pagadas sin la autoridad del tutor a las mujeres y a los pupilos, ya que les fue concedido de hacer mejor su condición también sin la autoridad del tutor.⁵⁶

84. *Itaque si debitor pecuniam pupillo solvat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutoris auctoritate dissolvere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutoris auctoritate concessa est: sed tamen si ex ea pecunia locupletior factus sit et adhuc petat, per exceptionem doli mali summo verbi potest.*

Por esto, si un deudor pague el dinero al pupilo, ciertamente hace el dinero del pupilo, pero el mismo no es liberado, porque el pupilo ninguna obligación puede extinguir sin la autoridad del tutor, porque la enajenación de ninguna cosa le fue concedida sin la autoridad del tutor; pero, sin embargo, si por aquel dinero haya sido hecho más rico y todavía pida, puede ser rechazado por la excepción de dolo malo.⁵⁷

85. *Mulieri vero etiam sine tutoris auctoritate recte solvi potest; nam qui solvit liberatur obligatione, quia res nec mancipi, ut proxime diximus, a se dimittere mulieres etiam sine tutoris auctoritate possunt. Quamquam hoc ita est, si accipiat pecuniam: at si non accipiat, sed habere se dicat et per acceptilationem velit debitorem sine tutoris auctoritate liberare, non potest.*

Pero a la mujer correctamente puede pagarse también sin la autoridad del tutor; en efecto, quien paga es liberado de la obligación, porque a las cosas *nec mancipi*, como dijimos hace poco, las mujeres pueden renunciar también sin la autoridad del tutor. Ciertamente esto es así, si recibe el dinero; por el contrario si no lo recibe, pero diga tenerlo y quiera por *acceptilatio* liberar al deudor, no puede sin la autoridad del tutor.

86. *Adquiratur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate manu mancipiove habemus; item per eos servos, in quibus usumfructum habemus; item per homines liberos et servos alienos, quos bona fide possidemus. De quibus singulis diligenter dispiciamus.*

⁵⁶ Mismo contenido sin la presente distinción en Inst. 2.8.2.

⁵⁷ Confrontar con Inst. 2.8.2.

De otra parte, se adquiere a nosotros no sólo por nosotros mismos, sino también por los que tenemos en potestad, en *manu* o bien en *mancipium*; del mismo modo, por aquellos esclavos en los que tenemos el usufructo; así como también por los hombres libres y esclavos ajenos que poseemos en buena fe. Examinemos diligentemente cada uno de estos casos.⁵⁸

87. *Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis acquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. Et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest; et si iuventibus nobis adierit, hereditas nobis acquiritur proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus; et convenienter scilicet legatum per eos nobis acquiritur.*

Por consecuencia, lo que nuestros descendientes que tenemos en potestad, igualmente lo que nuestros esclavos reciben en *mancipio*, o bien por *traditio*, o bien algo se hagan prometer, o bien adquieran por cualquier otra causa, esto es adquirido por nosotros; ya que el que está en nuestra potestad, no puede tener nada suyo. Y por este motivo, si es instituido heredero, no puede aceptar la herencia si no por nuestra orden, y si ordenándolo nosotros haya aceptado la herencia, se nos adquiere del mismo modo como si nosotros mismos fuésemos instituidos herederos; y consecuentemente, un legado por medio de ellos naturalmente es adquirido a nosotros.⁵⁹

88. *Dum tamen sciamus, si alterius in bonis sit servus, alterius ex iure Quiritium ex omnibus causis ei soli per eum adquiri, cuius in bonis est.*

⁵⁸ Confrontar con Inst. 2.9.pr.

⁵⁹ Confrontar con Inst. 2.9.1 que además menciona: Este régimen nos ha parecido contrario a los sentimientos de humanidad, y en una constitución general (C.6.61.6) hemos prestado la debida atención a los intereses de los descendientes sin olvidar lo que a los ascendientes les es debido; en conformidad con este criterio hemos dispuesto que todo lo que el hijo obtenga utilizando bienes del padre, al padre pertenecerá de acuerdo con las viejas normas, pues, qué tiene de injusto que lo que se obtuvo gracias al padre a él vuelva?, pero lo que el hijo hubiese adquirido por otra causa pasa en usufructo al padre y en nuda propiedad al hijo, a fin de que éste no tenga que lamentarse de que lo que ganó con su esfuerzo o le deparó su buena suerte pase a otras manos.

Con tal que, sin embargo sepamos que, si un esclavo sea *in bonis* de uno, y con base en el derecho de los Quirites de otro, por medio de él en todos los casos se adquiere sólo a él del que está *in bonis*.

89. *Non solum autem proprietates per eos, quos in potestate habemus, acquiritur nobis, sed etiam possessio: cuius enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videmur; unde etiam per eos usucapio procedit.*

Pero no sólo la propiedad se adquiere a nosotros por aquellos que tenemos en potestad, sino también la posesión; en efecto, de cuya cosa hayan conseguido la posesión, resulta que nosotros la poseemos; por eso también la usucapión procede por medio de ellos.⁶⁰

90. *Per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, proprietates quidem acquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt; an autem possessio adquiratur, quaeri solet, quia ipsas non possidemus.*

En verdad, por aquellas personas que tenemos *in manu* o bien en *mancipio*, ciertamente se adquiere la propiedad a nosotros con base en todos los casos; así como por medio de aquellos que están en nuestra potestad; pero suele cuestionarse si se adquiera la posesión, porque no poseemos a las mismas.

91. *De his autem servis, in quibus tantum usumfructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel ex operis suis adquirunt, id nobis adquiratur; quod vero extra eas causas, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si iste servus heres institutus sit legatumve quod ei datum fuerit, non mihi sed domino proprietatis acquiritur.*

Pero de estos esclavos que sólo tenemos en usufructo, en este modo se decidió, que cualquier cosa adquieran por medio de nuestro patrimonio o bien por medio de su obra, esto sea adquirido a nosotros; pero lo que adquieran fuera de estas causas, esto pertenezca al dueño de la propiedad; por lo tanto, si este esclavo haya sido instituido heredero o bien le haya sido dado un legado, se adquiere no a mí sino al dueño de la propiedad.⁶¹

⁶⁰ Mismo contenido en Inst. 2.9.3.

⁶¹ Mismo contenido en Inst. 2.9.4.

92. *Idem placet de eo qui a nobis bona fide possidetur, sive liber sit sive alienus servus. Quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bonae fidei possessore. Itaque quod extra duas istas causas adquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est.*

También es decidido de aquel que es poseído por nosotros en buena fe, o bien sea libre o bien esclavo ajeno. Ya que lo que ha sido decidido del usufructuario, lo mismo también es aprobado para el poseedor de buena fe; por lo tanto, lo que sea adquirido fuera de estas dos causas, esto o bien pertenece al mismo, si es libre, o bien al dueño, si es un esclavo.⁶²

93. *Sed bonae fidei possessor cum usucepit servum, quia eo modo dominus fit, ex omni causa per eum sibi adquirere potest. Usufructuarius vero usucapere non potest: primum quia non possidet, sed habet ius utendi et fruendi; deinde quia scit alienum servum esse.*

Pero el poseedor de buena fe cuando usucapió el esclavo, porque de este modo se hace dueño, con base en cualquier causa a través de aquel puede adquirir para sí; pero el usufructuario no puede usucapir, porque en primer lugar no posee, sino tiene el derecho de usar y disfrutar; después, porque conoce que el esclavo es ajeno.⁶³

94. *De illo quaeritur, an per eum servum, in quo usumfructum habemus, possidere aliquam rem et usucapere possimus, quia ipsum non possidemus. Per eum vero, quem bona fide possidemus, sine dubio et possidere et usucapere possumus. Loquimur autem in utriusque persona secundum definitionem, quam proxime expusimus, id est si quid ex re nostra vel ex operis suis adquirant id nobis adquiritur.*

De eso se cuestiona, si por aquel esclavo que tenemos en usufructo podemos poseer alguna cosa y usucapirla, porque al mismo no lo poseemos. Pero por medio del que poseemos en buena fe, sin duda podemos, bien sea poseer así como usucapir. De otra parte decimos, para una u otra persona según la indicación que expusimos hace poco, es decir si algo con base en nuestro patrimonio o bien con base en sus obras adquirieran, esto nos es adquirido.⁶⁴

95. *Ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus neque bona fide possidemus, item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habemus neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse. Et hoc est quod vulgo dicitur per extraneam personam nobis adquiri non posse. Tantum de possessione quaeritur, an per extraneam personam nobis adquiratur.*

Con base en esto aparece que por medio de los hombres libres, que ni tenemos sujetos a nuestro derecho ni poseemos en buena fe, del mismo modo por medio de los esclavos ajenos, en que no tenemos el usufructo ni una posesión justa, por ninguna causa puede adquirirse a nosotros; y esto es lo que comúnmente se dice que no puede ser adquirido a nosotros por extraña persona. Únicamente es cuestionado de la posesión, si por extraña persona se adquiere a nosotros.⁶⁵

96. *In summa sciendum est his, qui in potestate manu mancipiove sunt, nihil in iure cedi posse; cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conveniens est scilicet, ut nihil suum esse in iure vindicare possint.*

En total debe saberse que a los que están en potestad, *manu* o bien en *mancipio*, nada puede cederse *in iure*, ya que de estas personas nada puede ser suyo, naturalmente es consecuente que no puedan vindicar en juicio nada como suyo.

97. *Hactenus tantisper admonuisse sufficit quemadmodum singulae res nobis adquirantur. Nam legatorum ius, quo et ipso singulas res adquirimus, opportunius alio loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res nobis adquirantur.*

Hasta aquí en tanto es suficiente haber indicado como sean adquiridas a nosotros las cosas singulares; en efecto, el derecho de los legados, con base en el que también adquirimos las cosas singulares, en otro lugar referiremos más oportunamente. Por lo tanto, veamos

⁶⁵ Confrontar con Inst. 2.9.5 que además incluye:...Se exceptúa el caso de que se trate de una persona libre, como el procurador, por medio del cual se puede adquirir la posesión a ustedes incluso sin que se den cuenta en virtud de una constitución del emperador Severo (C.7.32.1), posesión que determinará inmediatamente la adquisición de la propiedad si el que llevó a cabo la entrega era el dueño y que de no ser así la usucapión o la prescripción de largo plazo.

⁶² Mismo contenido en Inst. 2.9.4.

⁶³ Mismo contenido en Inst. 2.9.4.

⁶⁴ Mismo contenido en Inst. 2.9.4.

en este momento, en cuáles modos se adquirieran a nosotros las cosas por universalidad.⁶⁶

98. *Si cui heredes facti sumus, sive cuius bonorum possessionem petierimus, sive cuius bona emerimus, sive quem adoptaverimus, sive quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt.*

Si hemos sido hechos herederos de alguien, o bien hayamos pedido la *bonorum possessio* de alguien, o bien hayamos comprado los bienes de alguien, o bien hayamos adoptado a alguien, o bien hayamos recibido en *manus* a alguna como esposa, las cosas suyas pasan a nosotros.⁶⁷

99. *Ac prius de hereditatibus dispiciamus. Quarum duplex condicio est; nam vel ex testamento vel ab intestato ad nos pertinent.*

Y primero tratemos de las herencias. De éstas la condición es doble; en efecto, o bien por testamento o bien *ab intestato* nos pertenecen.⁶⁸

100. *Et prius est, ut de his dispiciamus, quae nobis ex testamento obveniunt.*

Y primero es, que tratemos de aquellas que nos llegan por testamento.⁶⁹

101. *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant: procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri.*

De otra parte, al inicio existieron dos géneros de testamento; en efecto, o bien hacían el testamento *calatis comitiis*, y estos comicios dos veces en un año estaban destinados para hacer testamentos; o bien *in procinctu*, es decir, cuando asumían las armas por causa de guerra; *procinctus* es en efecto el ejército preparado a combatir y

⁶⁶ Mismo contenido en Inst. 2.9.6.

⁶⁷ Mismo contenido en Inst. 2.9.6.

⁶⁸ Mismo contenido en Inst. 2.9.6.

⁶⁹ Mismo contenido en Inst. 2.9.6; Modestino, *libro secundo pandectarum* D.28.1.1: El testamento es la justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte.

armado. El primero por lo tanto lo hacían en paz y en ocio, el segundo cuando estaban por salir en combate.⁷⁰

102. *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui ((enim)) neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.*

Después se añadió un tercer género de testamento, que es hecho por el bronce y la balanza; en efecto, quien no había hecho ni el testamento *calatis comitiis* ni el *in procinctu*, si éste se encontraba a punto de morir, daba su “familia” en mancipio a un amigo; es decir, su patrimonio, y le rogaba qué cosa quería que fuese dado a cada uno después de su muerte. Este testamento es llamado por el bronce y la balanza (*per aes et libram*), se entiende porque es concluido por *mancipatio*.⁷¹

103. *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

Pero ciertamente cayeron en desuso aquellos dos géneros de testamentos; pero este solo que se hace por el bronce y la balanza fue conservado en uso.⁷² Ciertamente en la actualidad es regulado diversamente de como solía hacerse en un tiempo; en efecto, en un tiempo el comprador de la “familia”; esto es, quien por el testador

⁷⁰ Mismo contenido en Inst. 2.10.1. Sobre el testamento *in procinctu* ver: Luciano Minieri, “Il testamento *in procinctu*”, *SDHI*, v. 64 (1998), pp. 253 a 296.

⁷¹ Mismo contenido en Inst. 2.10.1. Al respecto ver: Gaetano Scherillo, *Corso di diritto romano. Il Testamento* (Milano, La Goliardica, 1965), v. 1, pp. 1 a 272; del mismo autor la parte segunda (Milano, La Goliardica, 1967), pp. 1 a 112; recensión de Mario Amelotti en *Iura* (1967), v. 18, pp. 315 a 321; del mismo autor, *Le forme classiche di testamento* (Torino, Giappichelli, 1966), pp. 1 a 266; recensión de H.A. Rupprecht en *Iura*.

⁷² En Inst. 2.10.1 se menciona que también el testamento *per aes et libram* aunque se siguió utilizando durante más tiempo, también al menos parcialmente cayó en desuso.

recibía en mancipio el patrimonio, obtenía el lugar de heredero, y por esto el testador le mandaba qué cosa quería darse a cada uno después de su muerte; pero actualmente, en verdad, una persona es instituida heredera en el testamento, a cargo del cual también son dejados los legados; otra persona como por imitación del viejo derecho se predispone como comprador del patrimonio.⁷³

104. *Eaque res ita agitur: qui facit ((testamentum)), adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECUNIAMQUE TUAM ENDO MANDATELA TUA CUSTODELAQUE MEA ((ESSE AIO ET EA)). QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, ET, UT QUIDAM ADICIUNT, AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA; deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori veluti pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: HAEC ITA, UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR ITAQUE VOS, QUIRITES, TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare; et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*

Y esto es hecho así: quien hace el testamento, predispuestos como en las otras *mancipationes*, cinco testigos ciudadanos romanos púberes y un *libripens*, después que haya escrito las tablas del testamento, mancipa por ejemplo a alguno su patrimonio; en tal circunstancia el comprador del patrimonio utiliza estas palabras: DIGO QUE TU FAMILIA Y DINERO POR MANDATO TUYO SON EN CUSTODIA MÍA (Y ESTAS COSAS). PARA QUE TÚ PUEDES HACER TESTAMENTO SEGÚN LA LEY PÚBLICA, CON BASE EN ESTE BRONCE, y como algunos añaden, con la balanza de bronce, serán para mí comprados, después con el bronce se golpea la balanza, y da este bronce al testador como en lugar del precio; después el testador deteniendo las tablas del testamento dice así: ESTAS COSAS ASÍ COMO FUERON ESCRITAS EN ESTAS TABLAS ENCERADAS, ASÍ DOY, ASÍ LEGO,⁷⁴ ASÍ DISPONGO EN EL TES-

⁷³ Sobre la aplicación de la *mancipatio* en el testamento ver: Andre Magdelain, "L'acte per aes et libram et l'auctoritas", *RIDA*, v. 28 (1981), pp. 127 a 161.

⁷⁴ Sobre el significado de la presente palabra ver: Enzo Nardi, "I significati storici del verbo *lego* come termine giuridico" *SDHI*, v. 63 (1997), pp. 293 a 300.

TAMENTO Y ASÍ VOSOTROS, QUIRITES, HACED TESTIMONIO PARA MÍ; y esto es llamado *nuncupatio*;⁷⁵ "nuncupar" es en efecto nombrar públicamente; y ciertamente lo que el testador especialmente haya escrito en las tablas del testamento, se considera nombrarlo y confirmarlo con una frase general.

105. *In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim, ut proxime diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat: itaque reprobatur in ea re domesticum testimonium.*

De otra parte, entre los testigos no debe estar quien está en potestad o bien del comprador del patrimonio o bien del mismo testador, porque a causa de la imitación del derecho antiguo todo este negocio que se hace para realizar el testamento, se cree que se hace entre el comprador del patrimonio y el testador; ya que una vez, como dijimos hace poco, quien recibía en mancipio el patrimonio del testador, estaba en lugar del heredero; por lo tanto, fue desaprobado en esta cosa un testimonio doméstico.⁷⁶

106. *Unde et si is qui in potestate patris est familiae emptor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest; ac ne is quidem, qui in eadem potestate est, veluti frater eius. Sed ((et)) si filius familias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is, qui in potestate patris est.*

Por eso también, si quien está en la potestad del padre haya sido utilizado como comprador del patrimonio, su padre no puede ser testigo; y ciertamente tampoco quien está en la misma potestad, por ejemplo su hermano. Pero también si el descendiente con base en el *peculio castrense* haga testamento después del servicio, ni su padre correctamente es utilizado como testigo, ni el que está en potestad del padre.

⁷⁵ Sobre tal concepto ver: José María Blanch Nougues, "Nuncupare heredem", *RIDA*, v. 47 (2000), pp. 123 a 149.

⁷⁶ Confrontar con Inst. 2.10.9.

107. *De libripende eadem quae et de testibus dicta esse intellegemus: nam et is testium numero est.*

Del *libripens* entenderemos lo mismo que se dijo de los testigos; en efecto, también éste es en el número de los testigos.

108. *Is vero, qui in potestate heredis aut legatarii est, cuiusve heres ipse aut legatarius in potestate est, quique in eiusdem potestate est, adeo testis et libripens adhiberi potest, ut ipse quoque heres aut legatarius iure adhibeantur. Sed tamen quod ad heredem pertinet quique in eius potestate est cuiusve is in potestate erit, minime hoc iure uti debemus.*

Pero el que está en potestad del heredero o bien del legatario, o bien del que el mismo heredero o bien legatario está en potestad, y el que está en la potestad del mismo, puede ser utilizado como testigo y *libripens*, al punto que también el mismo heredero o bien el legatario sean utilizados conforme al derecho; pero, sin embargo, en lo que concierne al heredero y a quien está en su potestad o del que él estará en potestad, en ningún modo debemos utilizar este derecho.

IV. DE TESTAMENTIS MILITUM. DEL TESTAMENTO MILITAR

109. *Sed haec diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam constitutionibus principum remissa est. Nam quamvis neque legitimum numerum testium adhibuerint neque vendiderint familiam neque nuncupaverint testamentum, recte nihilo minus testantur.*

Pero esta observación diligente en la realización de los testamentos fue perdonada a los militares con base en las constituciones de los príncipes por causa de la demasiada impericia; en efecto, aunque no hayan utilizado el número legítimo de testigos, ni hayan vendido el patrimonio, ni hayan hecho la *nuncupatio* del testamento, correctamente nada menos han realizado testamento.⁷⁷

⁷⁷ Ulpiano, libro quadragesimo quinto ad edictum D.29.1.1pr: El divino Julio César fue ciertamente el primero que les concedió a los militares la libre facultad de hacer testamento, pero esta concesión era temporal; pero después fue el divino Tito el primero que la dio; luego Domiciano y posteriormente el divino Nerva concedió a los militares plenísima facul-

110. *Praeterea permissum est iis et peregrinos et Latinos instituere heredes vel iis legare, cum alioquin peregrini quidem ratione civili prohibeantur capere hereditatem legataque, Latini vero per legem Iuniam.*

Además les fue permitido instituir bien sea a los peregrinos, bien sea a los latinos como herederos; o bien legar a ellos, aunque ciertamente los peregrinos con base en una razón de derecho civil les es prohibido recibir herencia y legados, mientras a los latinos con base en la ley Junia.

111. *Caelibes quoque, qui lege Iulia hereditatem legataque capere vetantur, item orbi, id est qui liberos non habent, quos lex ((Papia plus quam dimidias partes hereditatis legatorumque capere vetat. Ex militis testamento solidum capiunt))⁷⁸...(duae paginae et fere 21 versus desiderantur)...⁷⁹.*

tad y Trajano la mantuvo...; D.29.1.1.1: Pero se llama militar o por la milicia, esto es, duro servicio, que por nosotros soportan, o por la multitud, o por el mal que los militares suelen evitar, o por el número de mil hombres, significado sacado de una palabra griega, derivada de tagma; porque los griegos llaman así la muchedumbre de mil hombres, como si cada uno se llamara un milésimo, por lo cual llaman "comandante de mil" al mismo jefe; pero la palabra ejército provino de ejercicio. En Inst. 2.11.pr mismo contenido con referencia a la constitución del 529 en C.6.21.17 que regula la presente materia.

⁷⁸ Integrado por Huschke.

⁷⁹ Menziona Arangio-Ruiz que la grande laguna no admite integraciones porque falta una hoja. Probablemente Gayo hablaba de la *testamenti factio* activa; confrontar Inst. Inst. 2.12. Para entender el argumento el autor cita una serie de textos que hemos traducido para el lector: *Gai Epit. 2.2. (1). Id quoque statum est, quod non omnibus liceat facere testamentum: sicut sunt hi, qui sui iuris non sunt, sed alieno iuri subiecti sunt, hoc est filii, tam ex nobis nati, quam adoptivi.* También fue establecido que no a todos sea lícito hacer testamento: como es el caso de los que no son *sui iuris*, sino que están sujetos a derecho ajeno, esto es los descendientes, tanto nacidos por nosotros como adoptivos. (2). *Item testamenta facere non possunt impuberes, id est minores quattuordecim annorum, aut puellae duo, decim.* Del mismo modo no pueden hacer testamento los impúberes, esto es, los menores de catorce años, o bien las niñas de doce años. (3). *Item et hi, qui furiosi, id est mente insani, fuerint non possunt facere testamenta. Sed hi, qui insani sunt, per intervalla, quibus sani sunt, possunt facere testamenta.* Del mismo modo, también los furiosos, esto es, los que hayan sido de mente insana, no pueden hacer testamentos. Pero los que son insanos, en los intervalos, en que están sanos, pueden hacer testamentos. *Tit. ex corpore Ulp. 20. (10). Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testatori de eo possit. Sed divus Augustus (Marcus) constituit, ut filius familiae miles de eo peculio quod in castris adquisivit testamentum facere possit.* El descendiente no puede hacer testamento, porque no tiene nada de suyo, de modo que pueda hacer testamento de esto. Pero el divino Augusto estableció que el descendiente soldado pueda hacer testamento de aquel peculio que adqui-

También los célibes, que con base en la ley Julia les está prohibido recibir herencia y legados, así como a los *orbi*, esto es, quienes no tienen hijos; a los que la ley Papia prohíbe recibir más que la mitad de la herencia y legados. Con base en el testamento de un soldado reciben la totalidad....⁸⁰

112. ...*ex auctoritate divi Hadriani senatusconsultum factus est, quo permissum est (capite non minutis⁸¹) feminis etiam sine coemptione testamentum facere, si modo non minores essent annorum XII, scilicet ut quae tutela liberatae non essent, ((tutore auctore)) testari deberent.*

...con base en la autoridad del divino Adriano se hizo un senadoconsulto con que fue permitido a las mujeres no *capite minutae* ha-

rió en guerra. (11). *Qui de statu suo incertus est factus, quod patre peregre mortuo ignorat se sui iuris esse, testamentum facere non potest.* El que tiene incerteza de su *status*, porque ignora si es *sui iuris* porque el padre ha muerto en el extranjero, no puede hacer testamento. (12). *Impubes, licet sui iuris sit, facere testamentum non potest, quoniam nondum plenum iudicium animi habet.* El impúber aunque sea *sui iuris*, no puede hacer testamento, ya que no tiene todavía pleno juicio del espíritu. (13). *Mutus surdus furiosus itemque prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt: mutus, quoniam verba nuncupationis loqui non potest: surdus, quoniam verba familiae emptoris exaudire non potest: furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de ea re possit: prodigus, quoniam commercio illi interdictum est et ob id familiam Mancipare non potest.* El mudo, el sordo, el loco y también el prodigo, al que por ley le fue prohibida la administración de sus bienes, no pueden hacer testamento; el mudo porque no puede decir las palabras en la *nuncupatio*; el sordo ya que no puede escuchar las palabras del comprador del patrimonio; el loco ya que no tiene mente, de modo que flúeda hacer testamento de estas cosas; el prodigo ya que le fue prohibido el comercio y a causa de esto no puede mancipar el patrimonio. (14). *Latinus Iunianus, item is qui dediticiorum numero est, testamentum facere non potest: Latinus quidem, quoniam nominatim lege Iunia prohibitus est; is autem, qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis Romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut secundum leges civitatis suae testetur.* El latino Juniano, así como el que está en el número de los dediticios, no puede hacer testamento; ciertamente el latino ya que le fue prohibido expresamente por la ley Junia; pero el que está en el número de los dediticios, ya que no puede ni realizar testamento como ciudadano romano siendo peregrino, ni como peregrino, ya que no es ciudadano de alguna ciudad cierta, de modo que según las leyes de su ciudad haga testamento. (15). *Feminae post duodecimum annum aetatis testamentum facere possunt tutore auctore, donec in tutela sunt.* Las mujeres después de los doce años de edad pueden hacer testamentos con base en la autoridad del tutor por todo el tiempo que están en tutela. (16). *Servus publicus populi Romani partis dimidia testamenti faciendi habet ius.* El esclavo público del pueblo romano tiene el derecho de hacer el testamento por la mitad.

⁸⁰ Sobre las mencionadas leyes ver: Riccardo Astolfi, "Note per una valutazione storica della *lex Iulia et Papia*", *SDHI*, v. 39 (1973), pp. 187 a 238.

⁸¹ Integrado por Huschke.

cer testamento también sin *coemptio*, con tal que no fueran menores de doce años, evidentemente de modo que las que no estuvieran libres de tutela, hicieran testamento con base en la autoridad del tutor.

113. *Videntur ergo melioris conditionis esse feminae quam masculi: nam masculus minor annorum XIV testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit, femina vero potest: ((facta enim)) XII annorum testamenti faciendi ius nanciscitur.*

Resulta por esto que las mujeres están en una condición mejor que la de los hombres; en efecto, el hombre menor de catorce años no puede hacer testamento, no obstante quiera con base en la autoridad del tutor hacer testamento, pero la mujer puede hacerlo ya que cumplidos los doce años obtiene el derecho de hacer testamento.

114. *Igitur si quaeramus, an valeat testamentum, in primis advertere debemus, an is qui id fecerit habuerit testamenti factionem; deinde si habuerit, requiremus, an secundum iuris civilis regulam testatus sit, exceptis militibus, quibus propter nimiam imperitiam, ut diximus, quomodo velint vel quomodo possint permittitur testamentum facere.*

Por lo tanto, si preguntamos, si valga el testamento, en primer lugar debemos considerar si quien lo haya hecho haya tenido la *testamenti factio*; después, si la haya tenido, investigaremos si según la regla del derecho civil haya hecho testamento, exceptuando a los militares, a los cuales, a causa de la demasiada impericia, como dijimos, se permite hacer testamento como quieran o como puedan.

115. *Non tamen, ut iure civili valeat testamentum, sufficit ea observatio quam supra exposuimus de familiae venditione et de testibus et de nuncupationibus.*

Sin embargo, para que el testamento valga por el derecho civil, no es suficiente esta observación, que expusimos arriba de la venta del patrimonio y de los testigos y de las *nuncupationes*.⁸²

116. *((Sed)) ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit; nam aliter facta institutione nihil proficit familiam testatoris ita venire testesque ita adhibere et ita nuncupare testamentum, ut supra diximus.*

⁸² Confrontar con Inst. 2.13.pr.

Pero ante todo se debe investigar, si la institución de heredero haya sido hecha con base en la costumbre solemne; en efecto, hecha de modo diverso la institución, de nada sirve vender así el patrimonio del testador y así predisponer los testigos y así pronunciar el testamento como arriba dijimos.

117. *Sollemnis autem institutio haec est: TITIVS HERES ESTO; sed et illa iam comprobata videtur: TITIVM HEREDEM ESSE IUBEQ; at illa non est comprobata: TITIVM HEREDEM ESSE VOLO; sed et illae a plerisque improbatae sunt: TITIVM HEREDEM INSTITVO, item HEREDEM FACIO.*

De otra parte, la institución solemne es ésta: TICIO SERÁ HEREDERO; pero se considera ya aprobada también aquélla: ORDENO QUE TICIO SEA HEREDERO; pero no es aprobada aquella: QUIERO QUE TICIO SEA HEREDERO; pero por la mayoría son desaprobadas también aquellas: TICIO INSTITUYÓ HEREDERO, del mismo modo; HAGO HEREDERO.

118. *Observandum praeterea est, ut si mulier quae in tutela est faciat testamentum, tutore auctore facere debeat: alioquin inutiliter iure civili testabitur.*

Debe ser observado enseguida, que si la mujer que está en tutela haga testamento, debe hacerlo con la autoridad del tutor; de otro modo, inútilmente será realizado el testamento con base en el derecho civil.⁸³

119. *Praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti bonorum possessionem pollicetur: et si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, veluti frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem. Nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non valeat, veluti quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit.*

Sin embargo el pretor promete la *bonorum possessio* según las tablas del testamento a los herederos escritos, si el testamento haya sido imprimido con los siete sellos de los testigos; y si no exista nadie al que pertenezca la herencia *ab intestato* por el derecho legítimo,

como por ejemplo el hermano nacido del mismo padre, o bien el tío paterno, o bien el hijo del hermano, así podrán retener la herencia los herederos escritos; en efecto, el mismo derecho es también si con base en otra causa no valga el testamento, por ejemplo, porque el patrimonio no haya sido vendido o bien no haya dicho el testador las palabras de la *nuncupatio*.

120. *Sed videamus, an etiamsi frater aut patruus extent, potiores, scriptis heredibus habeantur. Rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali.*

Pero veamos, si en el caso que existan el hermano o bien el tío paterno, sean considerados preferidos a los herederos escritos. Ya que en un rescripto del emperador Antonino es declarado que aquellos que hayan pedido la *bonorum possessio* según las tablas del testamento no hechas con base en el derecho, pueden contra aquellos que vindican la herencia *ab intestato*, defenderse por la excepción de dolo malo.

121. *Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est; item ad feminarum, quae ideo non utiliter testatae sunt, quod verbi gratia familiam non vendiderint aut nuncupationis verba locutae non sint; an autem et ad ea testamenta feminarum, quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, videbimus.*

Y en efecto es cierto que esto concierne a los testamentos de los hombres; lo mismo vale respecto a aquellos de las mujeres, que no hicieron un testamento útil con base en este motivo, porque por ejemplo, no hayan vendido el patrimonio, o bien no hayan pronunciado las palabras de la *nuncupatio*; veamos si esta constitución concierna también a aquellos testamentos de las mujeres, que los hayan hecho sin la autoridad del tutor.

122. *Loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentum aut patronorum tutela sunt, sed (de his) quae alterius generis tutores habent, qui etiam inviti coguntur auctores fieri: alioquin parentem et patronum sine auctoritate eius facto testamento non summo veri palam est.*

⁸³ Sobre el testamento realizado por una mujer ver: Jan Zablocki, "Appunti sul testamentum mulieris in età arcaica", *BIDR*, v. 94 a 95 (1991 a 1992), pp. 157 a 179; Carmen Tort-Martorell Llabres, "Le testament d'une femme: à propos de D.5.2.19", *RIDA*, v. 43 (1996), pp. 315 a 342.

Pero evidentemente hablamos de estas mujeres que no están en la tutela legítima de los padres o bien de los patronos, sino de las que tienen tutores de otro género, que también contra su voluntad son consuetudinarios a dar la *auctoritas*; de otro modo es claro que el padre o el patrono no son removidos por un testamento hecho sin su autoridad.⁸⁴

123. *Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, (quod) scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio. Sed diversae scholae auctores, si quidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confitentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant ((non)) statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito.*

Del mismo modo, el que tiene un hijo en potestad, debe hacer de modo que éste o bien lo instituya heredero o bien lo desherede nominativamente, si no, si lo haya omitido con el silencio, inútilmente hará testamento, a tal punto ciertamente que nuestros preceptores estimen que nadie puede ser heredero con base en aquel testamento, ciertamente porque desde el inicio no había subsistido la institución. Pero los autores de la escuela contraria admiten que, si ciertamente el hijo viva en el momento de la muerte del padre, ciertamente éste es de obstáculo a los herederos escritos, y aquél se convierte en heredero *ab intestato*, pero si haya muerto antes la muerte a la del padre, piensan que se puede adquirir la herencia con base en el testamento, no siendo el hijo ya un obstáculo, porque evidentemente estiman que el testamento no es hecho inútilmente desde el inicio aunque el hijo sea preterido.⁸⁵

⁸⁴ Al respecto: Alejandro Guzmán, "Sobre la responsabilidad del tutor *mulieris*, AHDE, v. 46 (1976), pp. 145 a 161.

⁸⁵ Confrontar con Inst. 2.13.pr; Ulpiano, *libro primo ad Sabinum* D.28.2.1: Veamos que significa ser desheredado nominalmente, si ha de expresarse el nombre, el nombre propio, y el sobrenombre o hasta uno de ellos, y es sabido que basta uno de ellos; *idem*, *libro sexto regularum* D.28.2.2: También se considera desheredado nominalmente un hijo de este modo: QUEDE DESHEREDADO MI HIJO; aunque no se haya expresado ni su nombre si fuera único,

124. *Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum, ((sed)) praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem adcrescunt, si sui heredes sint, in virilem, si extranei, in dimidiam. Id est si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres, et ea ratione id consequitur, quod ab intestato patre mortuo habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit heres. Quae de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus ((ceteris)) liberorum personis seu masculini seu feminini sexus dicta intellegemus.*

Pero si el testador haya preterido a todos los otros descendientes, vale el testamento, pero estas personas preteridas acrecen en parte a los herederos escritos, si sean *sui heredes* en una parte viril, si son extraños, en la mitad; esto es, si el que por ejemplo haya instituido a tres hijos herederos y haya preterido a la hija, la hija se hace heredera acreciendo por la cuarta parte, y con base en esta razón, consigue lo que tendría *ab intestato* muerto el padre; pero si aquel haya instituido herederos extraños y haya preterido a la hija, la hija acreciendo por la mitad se transforma en heredera. Lo que dijimos de la hija, entenderemos dicho respecto al nieto y a todos los descendientes, bien sean del sexo masculino o bien del femenino.⁸⁶

125. *Quid ergo est? licet eae secundum ea quae diximus scriptis heredibus dimidiam partem modo detrahant, tamen praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit: qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur et efficiuntur sine re heredes.*

¿Qué es en consecuencia? Aunque estas personas según lo que dijimos sustraigan a los herederos escritos solamente la mitad, sin embargo, el pretor les promete la *bonorum possessio* contra las tablas del testamento; y por esta razón los herederos extraños son rechazados de toda la herencia y se convierten en herederos sin patrimonio.

porque si son muchos los hijos, preferentemente se responde por benigna interpretación que ninguno fue desheredado.

⁸⁶ Al respecto ver: Luigi di Lella, *Querela inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria* (Napoli, Jovene, 1972), pp. 1 a 279; recensiones de Pasquale Voci en *IURA*, (1972), v. 23, pp. 278 a 281; Marrone en *Labeo*, (1973), v. 19, pp. 358 a 365.

126. *Et hoc iure utebatur, quasi nihil inter feminas et masculos interesset; sed nuper imperator Antoninus significavit rescripto suo non plus nancisci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure adcrendi consequerentur. Quod in emancipatarum quoque persona observandum est, ut hae quoque, quod adcrendi iure habiturae essent, si in potestate fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant.*

Y utilizábamos este derecho, como si no hubiera ninguna diferencia entre mujeres y hombres; pero recientemente el emperador Antonino declaró en un rescripto suyo que las mujeres obtienen por *bonorum possessio*, no más que lo que obtendrían por el *ius adcrendi*; lo que se debe observar también respecto a las emancipadas, que también éstas, lo que por el *ius adcrendi* tendrían, si estuvieran en potestad, lo mismo tendrían también por *bonorum possessio*.

127. *Sed si quidem filius a patre exheredetur, nominatim exheredari debet: alioquin non potest exheredari. Nominatim autem exheredari videtur, sive ita exheredetur: TITUS FILIUS MEUS exheres esto, sive ita: filius meus EXHERES ESTO, non adiecto proprio nomine.*

Pero si ciertamente el hijo sea desheredado por el padre, debe nominativamente ser desheredado; si no, no puede ser desheredado; pero nominativamente resulta ser desheredado, sea que del siguiente modo sea desheredado: TICIO, HIJO MÍO, sea desheredado, o bien, de este modo: el hijo mío SERÁ DESHEREDADO, no añadiendo el propio nombre.⁸⁸

128. *Ceterae vero liberorum personae vel feminini sexus vel masculini satis inter ceteros exheredantur, id est his verbis: ceteri OMNES EXHEREDES SUNTO, quae verba statim post institutionem heredum adici solent.*

Pero todos los otros descendientes, bien sean del sexo femenino o bien del masculino son desheredados suficientemente en forma colectiva; esto es, con estas palabras: TODOS LOS OTROS SERÁN DESHEREDADOS, y estas palabras suelen agregarse inmediatamente después de la institución de los herederos.

⁸⁷ Integrado por Krueger.

⁸⁸ Confrontar con Inst. 2.13.1.

129. *Sed hoc ita est iure civili. Nam praetor omnes virilis sexus liberorum personas, id est nepotes quoque et pronepotes, ((nominatim exheredari iubet, femini vero inter ceteros: qui nisi fuerint ita exheredati, promittit eis contra tabulas bonorum possessionem⁸⁹)).*

Pero esto es así con base en el derecho civil; ciertamente el pretor a todos los descendientes del sexo masculino, esto es, también los nietos y bisnietos, ordena que nominativamente sean desheredados, pero los descendientes del sexo femenino colectivamente; y a aquellos si no hayan sido desheredados en este modo, les promete la *bonorum possessio* contra las tablas del testamento.

130. *Postumi quoque liberi (nominatim) vel heredes institui debent vel exheredari.*

También los descendientes póstumos nominativamente deben ser instituidos herederos o bien ser desheredados.⁹⁰

131. *Et in eo par omnium condicio est, quod et in filio (postumo et in quolibet ex ceteris) liberis sive (femini sexus sive) masculini praeterito valet (quidem testamentum, sed postea agnatione postumi) sive postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua (postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam⁹¹).*

Y en esto es igual la condición de todos, porque también en el hijo póstumo preterido y en todos los otros descendientes bien sean del sexo femenino o bien masculino preteridos ciertamente vale el testamento, pero es anulado después por la agnación del póstumo o de la póstuma, y con base en esta razón es anulado enteramente. Y por este motivo, si la mujer, por la que era esperado un póstumo o bien una póstuma, haya hecho un aborto, no es de ningún impedimento a los herederos escritos para aceptar la herencia.⁹²

132. *(Sed feminini) quidem sexus personae (vel nominatim vel) inter ceteros exheredari solent, dum tamen, si inter ceteros (exheredentur, aliquid eis legetur, ne videantur per oblivionem) praeteritae (esse.*

⁸⁹ Integrado por Lachmann.

⁹⁰ Al respecto Marcella Balestri Fumagalli, "Spes Vitae", *SDHI*, v. 49 (1983), pp. 337 a 358.

⁹¹ Integrado con base en Inst. 2.13.1.

⁹² Confrontar con Inst. 2.13.1.

*Masculini vero sexus liberorum) personas placuit non aliter (recte exheredari, quam si nominatim exheredentur, hoc scilicet modo: quicumque mihi filius genitus fuerit EXHERES ESTO*⁹³ ...*(10 fere versus desiderantur)...*⁹⁴

Pero ciertamente las personas del sexo femenino suelen ser desheredadas o bien nominativamente o bien colectivamente, con tal que, si sean desheredadas colectivamente, algo les sea dejado en legado, para que no resulten ser preteridas por olvido. Pero fue decidido que los hijos del sexo masculino no sean desheredados correctamente de otro modo que si sean desheredados nominativamente, ciertamente de este modo: cualquier hijo me haya sido generado SERÁ DESHEREDADO.

133. *Postumorum autem loco sunt et hi, qui in sui heredis locum succedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes. Ut ecce si filium et ex eo nepotem neptemve in potestate habeam, quia filius gradu praecedit, is solus iura sui heredis habet, quamvis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint; sed si filius meus me vivo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate mea, incipit nepos neptisve in eius locum succedere, et eo modo iura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur.*

Pero en el lugar de póstumos están también los que sucediendo en el lugar de un *suus heres* se hacen *sui heredes* de los ascendientes como por agnación. Como por ejemplo, si tenga en potestad un hijo y un nieto o bien una nieta nacidos de él, porque el hijo precede en grado, éste sólo tiene los derechos de *suus heres*, si bien también el nieto y la nieta nacidos de él estén en la misma potestad; pero si mi hijo muere conmigo vivo, o bien por cualquier otra razón salga de mi potestad, comienza el nieto o bien la nieta a suceder en el lugar de éste, y de tal modo consiguen los derechos de *sui heredes* como por agnación.⁹⁵

⁹³ Integrado con base en Inst. 2.13.1.

⁹⁴ El sentido del texto puede completarse con Gai Epit. 2.3.2: ...*quia, sicut superius iam dictum est, legitime concepti pro natis habentur, nisi quod melior est condicio posthumae quam natae, quia nata, si praetermissa fuerit, non rumpit testamentum, posthuma vero, sicut masculus, testamentum rumpit*... porque como ya fue dicho más arriba, los concebidos legítimamente son considerados como nacidos, a menos que la condición de la póstuma es mejor que la de la nacida, porque la nacida, si haya sido preterida, no rompe el testamento, mientras que la póstuma, así como los varones, rompe el testamento.

⁹⁵ Mismo contenido en Inst. 2.13.2.

134. *Ne ergo eo modo rumpatur mihi testamentum, <sicut ipsum filium vel heredem> instituere vel exheredare debeo, ne non <iure faciam testamentum, ita et> nepotem neptemve ex eo necesse est mihi <vel heredem instituere vel exheredare, ne forte, me vivo filio mortuo, succedendo in locum eius nepos neptisve> quasi agnatione rumpat testamentum: idque lege Iunia Vellaea provisum est, in qua simul exheredationis modus notatur, ut virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros exheredentur, dum tamen iis qui inter ceteros exheredantur aliquid legetur.*⁹⁶

Para que por lo tanto de tal modo no se me rompa el testamento, como el mismo hijo debo instituirlo heredero o bien desheredarlo, para que no haga un testamento no con base en el derecho, así me es necesario que también el nieto o bien la nieta nacidos de él o bien los instituya heredero o bien los desherede, para que en caso que al morir el hijo viviendo yo, sucediendo en el lugar de éste el nieto o bien la nieta no se rompa el testamento como por agnación; y esto fue previsto por la ley Iunia Vellaea, en que es mencionado al mismo tiempo el modo de la desheredación, que sean desheredados nominativamente los del sexo masculino, los del femenino, o bien nominativamente o bien colectivamente con tal que a los que sean desheredados colectivamente sea legada alguna cosa.⁹⁷

135. *Emancipatos liberos iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes: sed praetor omnes tam feminini quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet, virilis sexus nominatim, feminini vel nominatim vel inter ceteros: quod si neque heredes instituti fuerint neque ita ut supra diximus exheredati, praetor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem.*

No es necesario por el derecho civil que los descendientes emancipados sean instituidos herederos o sean desheredados, porque no son *sui heredes*; pero el pretor ordena que todos tanto del sexo femenino como masculino, si no sean instituidos herederos, sean deshe-

⁹⁶ Las partes que no se leen de los núms. 133 y 134 han sido integradas con base en D.28.3.13 del mismo jurista, ver también Inst. 2.13.2.

⁹⁷ Confrontar con Inst. 2.13.2; Estévol, *libro sexto quaestionum* D.28.2.29.11: Veamos ahora respecto a la ley Velleja, tal quiso que los que nacieron viviendo nosotros no rompieran tampoco el testamento.

redados, los del sexo masculino nominativamente, los del femenino o bien nominativamente o bien colectivamente; que si no hayan sido instituidos herederos ni como dijimos arriba, desheredados, el pretor promete a éstos la *bonorum possessio* contra las tablas del testamento.⁹⁸

135 a. *In potestate patris non sunt, qui cum eo civitate Romana donati sunt, nec in accipienda civitate Romana pater <petiit statim a principe>⁹⁹, > ut eos in potestate haberet, aut, si petiit, non impetravit: nam qui in potestatem patris ab imperatore rediguntur, nihil differunt <ab his, qui ita nati sunt>¹⁰⁰.*

No están en potestad del ascendiente a los que con éste fue donada la ciudadanía romana, ni el ascendiente que al recibir la ciudadanía romana no pidió inmediatamente al príncipe de tenerlos en potestad, o bien si pidiéndolo no lo consiguió; en efecto, aquellos que son sometidos en potestad del ascendiente por el emperador, en nada se diferencian de los que así nacieron.

136. *Adoptivi filii quamdiu manent in adoptione naturalium loco sunt: emancipati vero a patre adoptivo neque iure civili neque quod ad edictum praetoris pertinet inter liberos numerantur.*

Por todo el tiempo que permanecen los descendientes adoptivos en adopción están en el lugar de los naturales; pero los emancipados por el ascendiente adoptivo no son calculados entre los descendientes ni con base en el derecho civil ni en lo que respecta al edicto del pretor.¹⁰¹

137. *Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem pertinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur; si vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre <emancipati> fuissent.*

Con base en esta razón sucede por el contrario, que, en lo que concierne al padre natural ciertamente por todo el tiempo que estén en la familia adoptiva, sean considerados en el número de los extra-

⁹⁸ Mismo contenido en Inst. 2.13.3.

⁹⁹ Integrado por Polenaar.

¹⁰⁰ Integrado por Kuebler.

¹⁰¹ Confrontar con Inst. 2.13.4.

ños; pero si hayan sido emancipados por el ascendiente adoptivo, entonces comienzan a estar en aquella situación en la que estuvieran, si por el mismo padre natural hubieran sido emancipados.¹⁰²

138. *Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium aut per populum eum qui sui iuris est, aut per praetorem eum qui in potestate parentis fuerit, omni modo testamentum eius rumpitur quasi agnatione sui heredis.*

Si alguien después de haber hecho el testamento haya adoptado para él un hijo o bien por medio del pueblo el que es *sui iuris*, o bien por medio del pretor, el que haya sido en potestad del ascendiente, en todos los casos su testamento se rompe como por agnación de un *suus heres*.

139. *Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quae in manu fuit nubat; nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua.*

El mismo derecho es si a alguien después de haber hecho el testamento obtenga *in manum* una esposa, o bien se espone la que fue *in manu*; en efecto, en tal modo comienza a estar en lugar de una hija y como si fuera una *heres sua*.

140. *Nec prodest, sive haec sive ille qui adoptatus est in eo testamento sit institutus institutave; nam de exheredatione eius supervacuum videtur quaerere, cum testamenti faciendi tempore suorum heredum numero non fuerit.*

¹⁰² Confrontar con Inst. 2.13.4; en Inst. 2.13.5 Justiniano menciona que estas normas habían sido establecidas por los antiguos, pero una constitución (en C.6.28.4) había estimado que no debe haber diferencias en esta materia entre los dos sexos, ya que cada uno cumple su papel en la procreación de los hijos y que además, con arreglo a la antigua ley de las XII Tablas eran llamados a la sucesión *ab intestato* sin distinción alguna (lo que ha sido después confirmado por el derecho pretorio), introdujo unas normas sencillas y uniformes para los hijos y las hijas y para los demás descendientes por línea masculina, nacidos o póstumos, con arreglo a las cuales todos ellos, estén o no bajo la patria potestad, deben ser desheredados nominalmente; produciendo el mismo efecto en orden a la invalidación del testamento de los ascendientes y la pérdida de la herencia de los herederos instituidos, la preterición de los hijos emancipados y de los que no lo son, la de los nacidos y la de los meramente concebidos. En cuanto a los hijos adoptivos hemos hecho una cierta distinción que aparece en la constitución que otorgamos al respecto (C.8.47.10).

Y no es útil que bien sea aquella, bien sea aquel que fue adoptado haya sido instituido o bien instituida en aquel testamento; en efecto, de su desheredación resulta inútil indagar, porque en el tiempo de hacer el testamento no había sido en el número de los *sui heredes*.

141. *Filius quoque, qui ex prima secundave mancipatione manumittitur, quia revertitur in potestatem patriam, rumpit ante factum testamentum; nec prodest, si in eo testamento heres institutus vel exheredatus fuerit.*

También el hijo, que con base en la primera o bien segunda *mancipatio* es manumitido, porque regresa en la potestad del padre, rompe el testamento hecho antes; y no es útil, si en aquel testamento haya sido instituido heredero o bien desheredado.

142. *Simile ius olim fuit in eius persona, cuius nomine ex senatusconsulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina vel Latina, quae per errorem quasi civis Romana uxor ducta esset, natus esset; nam sive heres institutus esset a parente sive exheredatus, sive vivo patre causa probata sive post mortem eius, omni modo quasi agnatione rumpebat testamentum.*

En un tiempo existió un similar derecho en la persona de aquel en cuyo nombre con base en un senadoconsulto se prueba la causa del error, porque había nacido de una peregrina o bien latina que por error hubiera sido conducida como esposa como si fuera ciudadana romana; en efecto, o bien él hubiera sido instituido heredero por el padre o bien desheredado, o bien la causa hubiera sido probada, vivo el padre o bien después de su muerte, en todos modos rompía el testamento como por agnación.

143. *Nunc vero ex novo senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, si quidem vivo patre causa probatur, aequè ut olim omni modo rumpit testamentum; si vero post mortem patris, praeteritus quidem rumpit testamentum, si vero heres in eo scriptus est vel exheredatus, non rumpit testamentum; ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore, quo renovari non possent.*

Pero actualmente con base en un nuevo senadoconsulto que fue hecho bajo la autoridad del divino Adriano, si ciertamente vivo el padre es probada la causa, igualmente, como en un tiempo, rompe de

todos modos el testamento; pero si después de la muerte del padre, ciertamente el preterido rompe el testamento, pero si en éste fue nombrado heredero o bien desheredado, no rompe el testamento, para que evidentemente los testamentos hechos con diligencia no fuesen rescindidos en aquel tiempo en que no pudieran renovarse.

144. *Posteriore quoque testamento, quod iure factum est, superius rumpitur. Nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres, an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an existere potuerit. Ideoque si quis ex posteriore testamento quod iure factum est aut noluerit heres esse, aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut per cretionem exclusus fuerit, aut condicione sub qua heres institutus est defectus sit, aut propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate: quibus casibus pater familias intestatus moritur, nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore, et posterius aequè nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit.*

También por el testamento posterior que fue hecho con base en el derecho, se rompe el precedente. No interesa si con base en él alguien haya existido como heredero, o no haya existido; ya que solamente esto se considera, si haya podido existir. Y por este motivo si alguien por el testamento posterior que fue hecho con base en el derecho o bien no haya querido ser heredero, o bien haya muerto con el testador vivo o bien después de su muerte, antes que aceptara la herencia o bien haya sido excluido por la *cretio*, o bien haya faltado de la condición bajo la que fue instituido heredero, o bien a causa del celibato haya sido rechazado de la herencia por la ley Julia; en estos casos el *pater familias* muere intestado, en efecto, el primer testamento no vale roto por el posterior, igualmente el posterior no tiene ninguna fuerza, porque con base en esto nadie haya existido como heredero.¹⁰³

145. *Alio quoque modo testamenta iure facta infirmantur, veluti ((cum)) is qui fecerit testamentum capite deminutus sit: quod quibus modis accadat, primo commentario relatum est.*

También por otro modo los testamentos hechos con base en el derecho son anulados, por ejemplo, cuando el que haya hecho el testa-

¹⁰³ Mismo contenido en Inst. 2.17.2.

mento haya sufrido la *capitis deminutio*; y en cuales modos esto sucede fue referido en el comentario primero.¹⁰⁴

146. *Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicemus, cum alioquin et quae rumpuntur irrita fiant, ((et quae statim ab initio non iure fiunt irrita sint; sed et ea, quae iure facta sunt et postea propter capitis deminutionem irrita fiunt¹⁰⁵)), possunt nihilo minus rupta dici. Sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distinguere, ideo quaedam non iure fieri dicuntur, quaedam iure facta rumpi vel irrita fieri.*

Pero diremos que por este caso se hacen los testamentos “inritos” porque diferentemente se transforman en “inritos” también los que se rompen y los que inmediatamente desde el inicio no se hacen con base en el derecho son “inritos”, pero también los que fueron hechos con base en el derecho y posteriormente por motivo de la *capitis deminutio* se hacen “inritos”, pueden nada menos ser llamados rotos. Pero porque ciertamente era más cómodo distinguir las causas singulares con los nombres singulares, por este motivo unos se dicen que no son hechos con base en el derecho, otros que hechos con base en el derecho son rotos o bien que se hacen “inritos”.¹⁰⁶

147. *Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae vel ab initio non iure facta sunt vel iure facta postea irrita facta aut rupta sunt. Nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere, si modo defunctus testator et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum factum sit testamentum, quod puta civitatem vel etiam libertatem testator amisit, aut is in adoptionem se dedit et mortis tempore in adoptivi patris potestate fuit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.*

Sin embargo, no para todo son inútiles aquellos testamentos, que o bien desde el inicio no son hechos con base en el derecho o bien que hechos con base en el derecho posteriormente son hechos “inritos” o bien rotos; en efecto, si con los siete sellos de los testigos los testa-

¹⁰⁴ Mismo contenido en Inst. 2.17.4.

¹⁰⁵ Integrado con base en Inst. 2.17.5.

¹⁰⁶ Mismo contenido en Inst. 2.17.5.

mentos hayan sido marcados, puede el heredero escrito pedir la *bonorum possessio* según las tablas del testamento, con tal que el testador muerto bien sea haya sido ciudadano romano, bien sea en el tiempo de la muerte haya estado en su potestad; en efecto, si por este motivo haya sido hecho el testamento “inrito”, porque por ejemplo el testador perdió la ciudadanía o bien también la libertad, o si se dio en adopción y en el tiempo de la muerte estuvo en la potestad del padre adoptivo, no puede el heredero escrito pedir la *bonorum possessio* según las tablas del testamento.¹⁰⁷

148. *((Qui autem¹⁰⁸)) secundum tabulas testamenti, quae statim ab initio non iure factae sunt, aut iure factae postea ruptae vel irritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem optinere, habebunt bonorum possessionem cum re; si vero ab iis avocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re.*

Pero aquellos que reciben la *bonorum possessio* según las tablas del testamento que inmediatamente desde el inicio no fueron hechas con base en el derecho, o bien hechas con base en el derecho posteriormente habrán sido rotas o bien “inritas”, si pueden obtener la herencia tendrán la *bonorum possessio cum re*; pero si a estos puede ser quitada la herencia, tendrán la *bonorum possessio sine re*.¹⁰⁹

149. *Nam si quis heres iure civili institutus sit vel ex primo vel ex posteriore testamento, vel ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem avocare; si vero nemo sit alius iure civili heres, ipsi retinere hereditatem possunt, nec ullum ius adversus eos habent cognati, qui legitimo iure deficiuntur.*

Ciertamente si alguien haya sido instituido heredero con base en el derecho civil o bien con base en el primero o bien con base en el testamento posterior, o bien sea heredero *ab intestato* con base en el derecho legítimo, éste puede quitar la herencia a aquellos; pero si ningún otro sea heredero con base en el derecho civil, los mismos pueden retener la herencia, y ningún derecho tienen contra aquellos los cognados que carecen del derecho legítimo.

¹⁰⁷ Mismo contenido en Inst. 2.17.6.

¹⁰⁸ Integrado por Boecking.

¹⁰⁹ Al respecto ver: Pasquale Voci, “Testamento pretorio”, *Labeo*, v. 13 (1967), pp. 319 a 348.

149a. Aliquando <tamen, sicut> supra quoque notavimus, etiam legitimis quoque <heredibus> potiores scripti habentur, veluti si ideo non <iure> factum sit testamentum, quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator locutus non sit; <tum enim, si> agnati petant hereditatem, <exceptione doli mali> ex constitutione <imperatoris Antonini removeri> possunt.

Sin embargo a veces, así como también arriba notamos, los herederos escritos son considerados preteridos también a los herederos legítimos, por ejemplo si no haya sido hecho el testamento con base en el derecho, por este motivo, porque no se haya vendido el patrimonio o bien el testador no haya dicho las palabras de la *nuncupatio*; en efecto, entonces si los agnados pidan la herencia, con base en la constitución del emperador Antonino pueden ser excluidos por una excepción de dolo malo.

150. <Sane> lege Iulia <scriptis non aufertur hereditas, si bonorum> possessores <ex edicto constituti sint. Nam ita demum> ea lege bona caduca fiunt et ad populum deferri iubentur, si defuncto nemo <heres vel bonorum possessor existat¹¹⁰>.

Ciertamente por la ley Julia a los herederos escritos no se les quita la herencia si hayan sido constituidos poseedores de los bienes con base en el edicto; en efecto, en este modo al final se hacen los bienes caducos por esta ley y se ordena que sean conferidos al pueblo, si no exista ningún heredero o bien poseedor de los bienes del difunto.

151. Potest ut iure facta testamenta <contraria voluntate> infirmantur. Apparet <autem> non posse ex eo solo infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere, usque adeo, ut si linum eius inciderit, nihilo minus iure civili valeat. Quin etiam si deleverit quoque aut combusserit tabulas testamenti non ideo <nihilo> minus desinent valere <quae> ibi fuerunt scripta, licet eorum probatio difficilis sit.

Se puede (hacer) de modo que sean anulados los testamentos hechos con base en el derecho por contraria voluntad. Pero es evidente que no se puede anular el testamento por esto solamente, que después el testador no haya querido que valiese, hasta al punto que, si haya dañado su tela de lino, nada menos valga por el derecho civil.

¹¹⁰ Integrado por Krueger.

Que también si haya cancelado o bien quemado las tablas del testamento, nada menos no cesan por este motivo de valer las cosas que en aquél fueron escritas, aunque la prueba de éstas sea difícil.¹¹¹

151a. Quid ergo est? si quis ab intestato bonorum possessionem petierit et is, qui ex eo testamento heres est, petat <hereditatem, per exceptionem doli mali repellatur; si vero nemo ab intestato bonorum possessionem petierit, populus scripto heredi quasi indigno auferet hereditatem, ne ullo modo ad eum quem testator heredem habere noluit¹¹²> perveniat hereditas; et hoc ita rescripto imperatoris Antonini significatur.

¿Qué es en consecuencia? Si alguien haya pedido la *bonorum possessio ab intestato* y el que con base en este testamento es heredero pide la herencia, es rechazado con base en la excepción de dolo malo; pero si ninguno haya pedido la *bonorum possessio ab intestato*, el pueblo quitará la herencia al heredero escrito como si fuese indigno para que de ningún modo al que el testador no quiso tener como heredero no le llegue la herencia; y esto así es indicado en un rescripto del emperador Antonino.

152. Heredes autem aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii, aut extranei.

Pero los herederos son llamados o bien necesarios o bien *sui et necessarii* o bien extraños.¹¹³

153. Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus, ideo sic appellatus, quia sive velit sive nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est.

El heredero necesario es el esclavo instituido heredero con la libertad, así fue llamado por este motivo, porque sea que quiera, sea que no quiera, de todos modos después de la muerte del testador inmediatamente es libre y es heredero.¹¹⁴

154. Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem

¹¹¹ Confrontar con Inst. 2.17.7.

¹¹² Integrado por Krueger.

¹¹³ Mismo contenido en Inst. 2.19.pr.

¹¹⁴ Mismo contenido en Inst. 2.19.1.

instituire, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est ut ignominia, quae accedit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio sed necessitate iuris bonorum venditionem pateretur: sed alio iure utimur.

Por lo tanto, el que tiene sus facultades “sospechosas”, suele instituir a su esclavo libre y heredero en primero o bien segundo o bien en grado sucesivo, de modo que si no satisfaga a los acreedores se vendan los bienes de este heredero preferiblemente que del mismo testador, esto es, de modo que la infamia, que resulta por la venta de los bienes, llegue preferiblemente a este heredero que al mismo testador; aunque en Fufidio, Sabino decida que éste se deba eximir de la infamia, porque sufrió la venta de los bienes no por su vicio sino por necesidad del derecho; pero utilizamos otro derecho.¹¹⁵

155. *Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur; et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit acquisitum, veluti si (ex eo, quod¹¹⁶) Latinus adquisierit, locupletior factus sit; cum ceterum hominum, quorum bona venierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona venire soleant.*

Sin embargo, en cambio de tal inconveniente le es otorgada la prerrogativa que las cosas que después de la muerte del patrón haya adquirido para sí mismo, bien sea antes de la venta de los bienes, bien sea después, le sean reservadas; y aunque los bienes se hayan vendido por porción, una segunda vez por causa hereditaria sus bienes no serán vendidos a menos que si le sea adquirido algo por causa hereditaria, como por ejemplo si con base en lo que haya adquirido como latino se hizo más rico; mientras los bienes de todos los otros hombres cuyos bienes se hayan vendido por porción, si después adquieren algo, suelen al cuanto frecuentemente también venderse.¹¹⁷

156. *Sui autem et necessarii heredes sunt veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, et deinceps ceteri qui modo in potestate morientis fuerunt. Sed uti nepos neptisve suus heres sit, non sufficit eum in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque eius vivo patre suo desierit suus heres esse aut morte interceptus aut qualibet ratione liberatus potestate; tum enim nepos neptisve in locum sui patris succedunt.*

Pero los herederos *sui et necessarii* son por ejemplo; el hijo o bien la hija, el nieto o bien la nieta nacida del hijo, y a su vez todos los otros que en aquel tiempo fueron en la potestad del que muere. Pero para que el nieto o bien la nieta sea *heres suus*, no es suficiente que éste estuvo en la potestad del abuelo en el tiempo de la muerte, sino es necesario que también su padre al vivir su ascendiente haya dejado de ser heredero *suus*; o bien porque muerto o bien por cualquier razón liberado de la potestad; entonces ciertamente el nieto y la nieta suceden en lugar de su padre.¹¹⁸

157. *Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt.*

Pero ciertamente son llamados *heredes sui* por este motivo; porque son herederos domésticos y también al vivir también el padre, en cierto modo son considerados dueños; por esto, también si alguien haya muerto intestado, están en primera posición en la sucesión de los descendientes. Pero necesarios son llamados por este motivo, porque de todos modos, quisieran o no quisieran, tanto *ab intestato* como por el testamento, se hacen herederos.¹¹⁹

158. *Sed his praetor permittit abstinere se ab hereditate, ut potius parentis bona veneant.*

Pero el pretor permite a éstos abstenerse de la herencia de modo que mejor se vendan los bienes del ascendiente.¹²⁰

¹¹⁸ Mismo contenido en Inst. 2.19.2.

¹¹⁹ Mismo contenido en Inst. 2.19.2. Al respecto ver: Alfonso Castro Sáenz, “Contribución al estudio de la sucesión legítima en el sistema sucesorio romano: fundamentos sociales y jurídicos”, *BIDR*, v. 98 e 99 (1995-1996), pp. 760 a 778.

¹²⁰ Mismo contenido en Inst. 2.19.2.

¹¹⁵ Confrontar con Inst. 2.19.1.

¹¹⁶ Integrado por Savigny.

¹¹⁷ Confrontar con Inst. 2.19.1.

159. *Idem iuris est et ((in)) uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est, et in nuru, quae in manu filii est, quia neptis loco est.*

El mismo derecho es también en la persona de la esposa que está *in manu*, porque está en el lugar de la hija, y en la nuera que está *in manu* del hijo, que está en el lugar de la nieta.

160. *Quin etiam similiter abstinendi potestatem facit praetor etiam ei, qui in causa mancipii est, si cum libertate heres institutus sit, quamvis necessarius, non etiam suus heres sit, tamquam servus.*

E incluso el pretor similarmente hace la potestad de abstenerse también al que está *in causa mancipii*, si haya instituido heredero con la libertad, aunque sea heredero necesario y no *heres suus*, así como un esclavo.

161. *Ceteri, qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti sicut extranei videntur. Qua de causa et qui a matre heredes instituuntur, eodem numero sunt, quia feminae liberos in potestate non habent. Servi quoque, qui cum libertate heredes instituti sunt et postea a domino manumissi, eodem numero habentur.*

Todos los otros que no están sujetos al derecho del testador, son llamados herederos extraños; por lo tanto, también nuestros descendientes que no están en nuestra potestad, por nosotros instituidos herederos resultan como extraños. También ellos que son instituidos herederos por la madre son en este número, porque las mujeres no tienen en potestad a los descendientes. También los esclavos que con la libertad son instituidos herederos y después son manumitidos por el dueño están considerados en este número.¹²¹

162. *Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate vel non adeunda.*

Pero a los herederos extraños fue dada la potestad de deliberar de aceptar la herencia o bien de no aceptarla.¹²²

163. *Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditariis, sive is, cui de adeunda ((hereditate)) deliberare licet, adierit,*

¹²¹ Mismo contenido en Inst. 2.19.3.

¹²² Mismo contenido en Inst. 2.19.5.

postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi si minor sit annorum XXV. Nam huius aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita etiam si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit. Scio quidem divum Hadrianum etiam maiori XXV annorum veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, apparuisset.

Pero si quien tiene la potestad de abstenerse se haya entrometido en la gestión de los bienes hereditarios, o bien si a quien es lícito deliberar de aceptar la herencia la haya aceptado, después no tiene la facultad de abandonar la herencia, salvo que sea menor de veinticinco años; en efecto, el pretor socorre a los hombres de esta edad, así como a los engañados en todas las otras situaciones; y así también si hayan aceptado una herencia dañosa temerariamente.¹²³ Ciertamente yo sé que el divino Adriano también dio la venia al mayor de veinticinco años cuando después de aceptar la herencia hubiera aparecido una grande deuda, que en el tiempo de la aceptación de la herencia se escondía.¹²⁴

164. *Extraneis heredibus solet cretio dari, id est finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem vel, si non adeant, temporis fine summoveantur, ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere.*

A los herederos extraños suele ser dada la *cretio*; esto es, un límite de deliberar de modo que entre cierto tiempo o bien acepten la herencia o bien, si no acepten sean excluidos del límite del tiempo, pero por este motivo fue llamada *cretio*, porque *cernere* es cómo decidir y establecer.¹²⁵

165. *Cum ergo ita scriptum sit: HERES TITIUS ESTO, adicere debemus: CERNITOQUE IN CENTUM DIEBUS PROXIMIS QUIBUS SCIES POTERISQUE. QUODNI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO.*

¹²³ Mismo contenido en Inst. 2.19.5.

¹²⁴ Mismo contenido en Inst. 2.19.6 que complementa diciendo: ...pero esto lo concedió el emperador Adriano como beneficio especial a una persona determinada, extendiéndolo después a los soldados el emperador Gordiano.

¹²⁵ Sobre la aceptación de la herencia ver: Carlo Beduschi, *Hereditatis aditio*, (Milano, Giuffrè, 1976), pp. 1 a 243 y las recensiones de Peter Apathy en ZSS, v. 108 (1978), pp. 505 a 512; Pierre Leuregans en RHDE, v. 57 (1979), pp. 261 a 263; Alfonso Castro, "Observaciones en torno a la aceptación hereditaria en derecho romano: Trebacio, Próculo, Juliano, Gayo, Paulo y Ulpiano ante la *aditio*", *Iura*, v. 47 (1996), pp. 43 a 91.

Cuando así en este modo fue escrito: TICIO SERÁ HEREDERO, debemos agregar: Y DECIDIRÁS DENTRO DE LOS PRÓXIMOS CIEN DÍAS DE CUÁNDO SABRÁS Y PODRÁS, QUE SI NO HAYAS REALIZADO LA CRETIO EN ESTE MODO, SERÁS DESHEREDADO.

166. *Et qui ita heres institutus est, si velit heres esse, debet intra diem cretionis cernere, id est haec verba dicere: QUOD ME P. MAEVIUS TESTAMENTO SUO HEREDEM INSTITUIT, EAM HEREDITATEM ADEO CERNOQUE. Quod si ita non creverit, finito tempore cretionis excluditur; nec quicquam proficit, si pro herede gerat, id est si rebus hereditariis tamquam heres utatur.*

Y el que en este modo ha sido instituido heredero, si quiera ser heredero, deberá decidir entre el día de la *cretio*; esto es, decir estas palabras: PUESTO QUE P. MEVIO EN SU TESTAMENTO ME INSTITUYÓ HEREDERO, ESTA HERENCIA DECIDO DE ACEPTAR. Que si no haya decidido en este modo terminado en el tiempo de la *cretio* es excluido; ni algún beneficio tendrá si actúa como heredero, esto es, si a las cosas hereditarias las utilice como heredero.

167. *At is qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem vocatur, potest aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate suscipiendae hereditatis heres fieri; eique liberum est quocumque tempore voluerit adire hereditatem: ((sed)) solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod, si velit, adeat hereditatem, si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere.*

Pero el que sin *cretio* haya sido instituido heredero, o bien el que *ab intestato* con base en el derecho legítimo es llamado a la herencia, puede o bien realizar la *cretio* o bien actuar como heredero, o bien también con base en la voluntad desnuda de aceptar la herencia convertirse en heredero; y es libre de aceptar la herencia para él en cualquier tiempo que haya querido; pero bajo solicitud de los acreedores hereditarios suele el pretor constituir un tiempo entre el que, si la quiera, acepte la herencia, si no, que sea lícito a los acreedores vender los bienes del difunto.¹²⁶

168. *Sicut autem qui cum cretione heres institutus est, nisi creverit hereditatem, non fit heres, ita non aliter excluditur, quam si non creverit intra id tempus, quo cretio finita sit: itaque, licet ante diem cretionis constituerit hereditatem non adire, tamen paenitentia actus superante die cretionis cernendo heres esse potest.*

Pero como el que con la *cretio* fue instituido heredero, si no haya realizado la *cretio* de la herencia, no se hace heredero, así también no es excluido de otro modo, que si no haya realizado la *cretio* entre aquel tiempo, en que haya sido delimitada la *cretio*; por lo tanto, aunque antes del día de la *cretio* haya decidido de no aceptarla, sin embargo, arrepintiéndose del acto puede ser heredero mediante la *cretio* si no es superado el día de la *cretio*.

169. *At is, qui sine cretione heres institutus est, quive ab intestato per legem vocatur, sicut voluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur.*

Pero el que sin *cretio* fue instituido heredero, o bien el que fue llamado por ley *ab intestato*, como se hace heredero por la voluntad desnuda, así también es alejado inmediatamente de la herencia por una contraria decisión.¹²⁷

170. *Omnis autem cretio certo tempore constringitur. In quam rem tolerabile tempus visum est centum dierum. Potest tamen nihilo minus iure civili aut longius aut brevius tempus dari: longius tamen interdum praetor coartat.*

Pero toda *cretio* es limitada en un cierto tiempo. Y para esta cosa resultó tolerable un tiempo de cien días. Sin embargo, por el derecho civil puede darse nada menos o bien un tiempo más amplio o bien más breve; sin embargo, el pretor reduce ciertas veces el más amplio.

171. *Et quamvis omnis cretio certis diebus constringatur, tamen alia cretio vulgaris vocatur, alia certorum dierum: vulgaris illa, quam supra exposuimus, id est in qua adiciuntur haec verba, QUIBUS SCIET POTERITQUE; certorum dierum, in qua detractis his verbis cetera scribuntur.*

¹²⁶ Confrontar con Inst. 2.19.7.

¹²⁷ Mismo contenido en Inst. 2.19.7.

Y por cuanto que toda *cretio* es limitada en ciertos días, sin embargo una *cretio* se llama común, y otra de ciertos días; común la que expusimos arriba, esto es, en que son añadidas estas palabras: DE LOS DÍAS DE QUE CONOCERÁ Y PODRÁ, de ciertos días, en que, quitadas estas palabras, son escritas todas las otras.

172. *Quarum cretionum magna differentia est. Nam vulgari cretione data nulli dies computantur, nisi quibus scierit quisque se heredem esse institutum et possit cernere. Certorum vero dierum cretione data etiam nescienti se heredem institutum esse numerantur dies continui; item ei quoque, qui aliqua ex causa cernere prohibetur, et eo amplius ei, qui sub condicione heres institutus est, tempus numeratur: unde melius et aptius est vulgari cretione uti.*

Entre estas *cretiones* existe gran diferencia; en efecto, dada la *cretio* común, ningunos días son calculados, si no (a partir) del que cada uno haya conocido que fue instituido heredero y pueda decidir; pero dada la *cretio* de ciertos días, los días son contados continuos también para quien desconozca que fue instituido heredero; igualmente también a quien por alguna causa es impedido aceptar, y aún más a quien bajo condición fue instituido heredero, el tiempo se cuenta; por esto es mejor y más conveniente utilizar la *cretio* común.

173. *Continua haec cretio vocatur, quia continui dies numerantur. Sed quia tamen dura est haec cretio, altera magis in usu habetur; unde etiam vulgaris dicta est.*

Esta *cretio* es llamada continua, porque continuos son contados los días; pero, porque sin embargo es dura esta *cretio*, la otra se tiene más en uso; por eso también fue llamada común.

V. DE SUBSTITUTIONIBUS. DE LAS SUSTITUCIONES

174. *Interdum duos pluresve gradus heredum facimus, hoc modo: L. TITIVS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS ((CENTUM)) PROXIMIS QUIBUS SCIES POTERISQUE. QUODNI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO. TUM MAEVIUS HERES ESTO CERNITOQUE IN DIEBUS CENTUM et reliqua; et deinceps in quantum velimus substituere possumus.*

Ciertas veces nombramos dos o más grados de herederos, de este modo: L. TICIO SERÁS HEREDERO Y DECIDIRÁS DE ACEPTAR EN LOS CIEN DÍAS PRÓXIMOS DE QUE CONOCERÁS Y PODRÁS. QUE SI EN ESTE MODO NO HAYAS DECIDIDO SERÁS DESHEREDADO. ENTONCES MEVIO SERÁS HEREDERO Y DECIDIRÁS EN LOS CIEN DÍAS y todas las otras cosas; y después enseguida podemos sustituir en cuanto queramos.¹²⁸

175. *Et licet nobis vel unum in unius locum substituere pluresve, et contra in plurium locum vel unum vel plures substituere.*

Y es lícito a nosotros sustituir en lugar de uno solo o bien tantos, y por el contrario sustituir en lugar de tantos uno o bien tantos.

176. *Primo itaque gradu scriptus heres hereditatem cernendo fit heres et substitutus excluditur; non cernendo summovetur, etiamsi pro herede gerat, et in locum eius substitutus succedit. Et deinceps si plures gradus sint, in singulis simili ratione idem contingit.*

Por lo tanto, realizando la *cretio* el heredero escrito de primer grado se hace heredero y es excluido el sustituto; no realizando la *cretio* es removido, aunque cumpla con la *pro herede gestio*, y en su lugar sucede el sustituto. Y en seguida si sean más grados, en cada uno le toca lo mismo por similar razón.

177. *Sed si cretio sine exheredatione sit data, id est in haec verba: SI NON CREVERIS, TUM P. MAEVIUS HERES ESTO, illud diversum invenitur, quod si prior omitta cretione pro herede gerat, substitutum in partem admittit et fiunt ambo aequis partibus heredes. Quod si neque cernat neque pro herede gerat, tum sane in universum summovetur, et substitutus in totam hereditatem succedit.*

Pero si la *cretio* haya sido dada sin desheredación, esto es, con tales palabras: SI NO HAYAS REALIZADO LA *CRETIO* ENTONCES P. MEVIO SERÁ HEREDERO, esto resulta diferente, que, si el primero omitida la *cretio* cumple con la *pro herede gestio*, admite en parte el sustituto y

¹²⁸ Ulpiano, libro quinto ad Sabinum D.28.5.28: Si alguno hubiera sido instituido en esta forma: SEA HEREDERO TICIO, SI EL SEGUNDO NO FUERE HEREDERO, Y DESPUÉS SEA HEREDERO EL SEGUNDO, se establece, que el segundo fue instituido en primer grado; Gayo, libro tertio decimo ad legem Iuliam et Papiam D.28.5.74: Si habiendo instituido heredero bajo condición lo sustituyéramos, se entiende que sustituimos puramente al heredero si no repitiéramos la misma condición.

ambos se hacen herederos en partes iguales. Que si no realiza la *cretio* ni la *pro herede gestio*, entonces ciertamente es removido en la totalidad, y el sustituto sucede en toda la herencia.

178. *Sed Sabino quidem placuit, quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admitti substitutum; cum vero cretio finita sit, tum pro herede gerentem admittere substitutum. Aliis vero placuit etiam superante cretione posse eum pro herede gerendo in partem substitutum admittere et amplius ad cretionem reverti non posse.*

Pero ciertamente Sabino decidió que por todo el tiempo que el primero pueda realizar la *cretio* y convertirse en heredero de este modo, también si haya cumplido con la *pro herede gestio*, no se admite sin embargo el sustituto; pero cuando el plazo de la *cretio* haya sido terminado, entonces cumpliendo con la *pro herede gestio* admite al sustituto; pero otros decidieron que, también cuando está pendiente el término de la *cretio*, puede éste cumpliendo con la *pro herede gestio* admitir en parte al sustituto y no puede regresar más a la *cretio*.

179. *Liberis nostris inpueribus, quos in potestate habemus, non solum ita ut supra diximus substituere possumus, id est ut, si heredes non extiterint, alius nobis heres sit; sed eo amplius ut, etiamsi heredes nobis extiterint et adhuc inpueres mortui fuerint, sit iis aliquis heres, veluti hoc modo: TITIVS FILIVS MEVS MIHI HERES ESTO: SI FILIVS MEVS MIHI (HERES NON ERIT SIVE HERES¹²⁹) ERIT ET HIC PRIVS MORIATUR QUAM IN SVAM TUTEAM VENERIT, TUNC SEIVS HERES ESTO.*

A nuestros descendientes impúberes, que tenemos en potestad, no sólo podemos sustituir otros, así como dijimos arriba, esto es, que si no hayan sido herederos, sea otro nuestro heredero; sino que además, aunque hayan sido nuestros herederos y hayan muerto siendo impúberes, alguien sea heredero a ellos; por ejemplo en este modo: TICIO HIJO MÍO SERÁ MI HEREDERO; SI MI HIJO NO SERÁ MI HEREDERO O BIEN SERÁ HEREDERO Y MUERA ANTES DE QUE HAYA LLEGADO EN SU TUTELA, ENTONCES SEYO SERÁ HEREDERO.¹³⁰

¹²⁹ Integrado con base en Inst. 2.16.pr.

¹³⁰ Mismo sentido en Inst. 2.16.pr; además: Ulpiano, *libro sexto ad Sabinum* D.28.6.2.pr. Se introdujo por las costumbres que cualquiera pueda hacer testamento por los descendien-

180. *Quo casu si quidem non extiterit heres filius, substitutus patri fit heres; si vero heres extiterit filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Quam ob rem duo quodam modo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum.*

En este caso si ciertamente no haya sido heredero el hijo, el sustituto se hace heredero del padre; pero si el hijo haya sido heredero y haya muerto antes de la pubertad, del mismo hijo se hace heredero el sustituto. Por esta razón en un cierto modo son dos los testamentos; uno del padre, otro del hijo, como si el mismo hijo hubiera instituido para sí un heredero; pero ciertamente uno es el testamento de dos herencias.¹³¹

181. *Ceterum ne post obitum parentis periculo insidiarum subiectus videatur pupillus, in usu est vulgarem quidem substitutionem palam facere, id est eo loco quo pupillum heredem instituimus; nam vulgaris substitutio ita vocat ad hereditatem substitutum, si omnino pupillus heres non extiterit; quod accidit, cum vivo parente moritur, quo casu nullum substituti maleficium suspicari possumus, cum scilicet et vivo testatore omnia, quae in testamento scripta sint, ignorentur. Illam autem*

tes impúberes hasta que los varones lleguen a los catorce años, y las mujeres a los doce; lo cual se habrá de entender de este modo, si estuvieran bajo potestad; pero no podemos por los emancipados, pero podemos los póstumos, y también podemos por los nietos, y los demás descendientes, si no han de recaer en la potestad del padre...; Ulpiano, *libro sexto decimo ad Sabinum* D.28.6.20.1: Si el padre hubiere hecho testamento para sí en escritura, y nuncupativo para su hijo, o al contrario, será válido. Al respecto ver: Giovanni Finazzi, *La sostituzione pupillare* (Napoli, Jovene, 1997), pp. 3 a 490.

¹³¹ Confrontar con Inst. 2.16.pr y 2.16.2; además: Ulpiano, *libro sexto ad Sabinum* D.28.6.2.4: Pero antes uno debe instituir para sí heredero, y después nombrarle sustituto al hijo, y no invertir el orden de la escritura; y esto opina Juliano, que debe instituir heredero primeramente para sí, y después para su hijo; pero que si antes hiciera testamento para el hijo, y luego para sí, no es válido. Cuya opinión se haya comprobada en un rescripto de nuestro emperador dirigido a Virio Lupo, presidente de la Bretaña; y con razón, porque es sabido que hay un solo testamento, aunque sean dos las herencias, de tal manera que a los que uno hace herederos necesarios para sí, los haga también para el hijo, y pueda uno sustituir su propio póstumo al hijo impúber; además en Inst. 2.16.1 se dice: Movidos por esta consideración, hemos insertado en nuestro código (C.6.26.9) en que se ha previsto que aquellos que tengan hijos o nietos u otros descendientes que no están en su juicio (de cualquier sexo o grado que sean y aunque hayan alcanzado la pubertad), nombrar a ciertas personas para que los sustituyan, a semejanza de la sustitución pupilar. Ahora bien, si recobrasen la razón, la sustitución se invalidaría, y esto también a semejanza de la sustitución pupilar, que pierde su validez cuando el pupilo alcanza la pubertad.

substitutionem, per quam, etiamsi heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit, substitutum vocamus, separatim in inferioribus tabulis scribimus, easque tabulas proprio lino propriaque cera consignamus, et in prioribus tabulis cavemus, ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc inpubere aperiantur. Sed longe tutius est utrumque genus substitutionis separatim in inferioribus tabulis consignari; quia si ita consignatae vel separatae fuerint substitutiones, ut diximus, ex priore potest intellegi in altera quoque idem esse substitutus.

Pero para que después de la muerte del padre el pupilo no resulte sujeto al peligro de insidias, es cierto en uso hacer abiertamente la sustitución común, esto es, en aquel lugar en que instituimos heredero al pupilo; en efecto, la sustitución común así llama a la herencia al sustituto, si completamente el pupilo no haya sido heredero; lo que sucede, cuando muere con el padre vivo, y en este caso no podemos sospechar ningún delito del sustituto, siendo ignoradas evidentemente con el testador vivo todas las cosas que en el testamento hayan sido escritas. Pero aquella sustitución, por la que, también si el pupilo haya sido heredero y haya muerto dentro de la pubertad, llamamos el sustituto, la escribimos separadamente en las tablas (del testamento) inferiores, y estas tablas las sellamos con sus propios hilos y cera, y en las primeras tablas avisamos que no sean abiertas las tablas inferiores con el hijo vivo y todavía impúber; pero es mucho más seguro que ambos géneros de sustitución sean selladas separadamente en las tablas inferiores; porque si las sustituciones hayan sido selladas o bien separadas, así como dijimos, con base en la primera puede entenderse que también el mismo es sustituido en la otra.¹³²

182. *Non solum autem heredibus institutis inpuberibus liberis ita substituere possumus, ut si ante pubertatem mortui fuerint, sit is heres, quem nos voluerimus, sed etiam exheredatis. Itaque eo casu si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet.*

Pero no sólo podemos así sustituir a los descendientes impúberes instituidos herederos, de modo que si hayan muerto antes de la pubertad, sea heredero el que nosotros hayamos querido, sino también a aquellos desheredados. Y así en este caso, si algo al pupilo haya

sido adquirido con base en herencias o bien legados o bien donaciones de los parientes, todo esto pertenece al sustituto.¹³³

183. *Quaecumque diximus de substitutione impuberum liberorum vel heredum institutorum vel exheredatorum, eadem etiam de postumis intellegemus.*

Todo lo que dijimos de la sustitución de los descendientes impúberes o bien de los herederos instituidos o bien desheredados, lo entenderemos también respecto a los póstumos.¹³⁴

184. *Extraneo vero heredi instituto ita substituere non possumus, ut si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei heres sit: sed hoc solum nobis permissum est, ut eum per fideicommissum obligemus, ut hereditatem nostram totam vel (pro) parte restituat; quod ius quale sit, suo loco trademus.*

Pero no podemos sustituir en este modo al heredero extraño instituido, que si haya sido heredero y dentro de algún tiempo haya muerto, otro sea heredero a él. Pero sólo esto nos fue permitido, que lo obliguemos por fideicomiso, que entregue toda nuestra herencia o bien una parte; cuál sea este derecho, en su lugar lo trataremos.¹³⁵

185. *Sicut autem liberi homines, ita et servi, tam nostri quam alieni, heredes scribi possunt.*

Pero como los hombres libres, así también los esclavos, tanto nuestros como ajenos, pueden ser nombrados herederos.

186. *Sed noster servus simul et liber et heres esse iuberi debet, id est hoc modo: STICHUS SERVUS MEUS LIBER HERESQUE ESTO, VEL HERES LIBERQUE ESTO.*

Pero debe ordenarse que nuestro esclavo al mismo tiempo sea libre y heredero, es decir de este modo: ESTICO, ESCLAVO MÍO SERÁ LIBRE Y HEREDERO, O BIEN, SERÁ HEREDERO Y LIBRE.

187. *Nam si sine libertate heres institutus sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in persona eius*

¹³³ Confrontar con Inst. 2.16.4.

¹³⁴ Mismo contenido en Inst. 2.16.5.

¹³⁵ Mismo contenido en Inst. 2.16.9.

¹³² Mismo contenido en Inst. 2.16.3.

non constitit; ideoque licet alienatus sit, non potest iussu domini novi cernere hereditatem.

En efecto, si el heredero haya sido instituido sin libertad, también si posteriormente haya sido manumitido por el dueño, no puede ser heredero, porque no existió la institución en su persona; y por este motivo, aunque haya sido enajenado, no puede realizar la *cretio* de la herencia por orden del nuevo dueño.

188. *Cum libertate vero heres institutus si quidem in eadem causa duraverit, fit ex testamento liber et inde necessarius heres. Si vero ab ipso testatore manumissus fuerit, suo arbitrio hereditatem adire potest. Quod si alienatus sit, iussu novi domini adire hereditatem debet, qua ratione per eum dominus fit heres; nam ipse neque heres neque liber esse potest.*

Pero el heredero instituido con la libertad si ciertamente haya permanecido en la misma condición, se hace libre con base en el testamento e inmediatamente se hace heredero necesario, pero si haya sido manumitido por el mismo testador, puede con base en su arbitrio aceptar la herencia; que si haya sido enajenado, debe aceptar la herencia por orden del nuevo dueño, y por esta razón el dueño se hace heredero mediante él, porque él mismo no puede ser ni heredero ni libre.¹³⁶

189. *Alienus quoque servus heres institutus si in eadem causa duraverit, iussu domini hereditatem adire debet; si vero alienatus ab eo fuerit aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam cernat, debet iussu novi domini cernere; si vero manumissus est, suo arbitrio adire hereditatem potest.*

También el esclavo ajeno instituido heredero si haya permanecido en la misma condición, debe aceptar la herencia por orden del dueño; si por el contrario haya sido enajenado por él o bien con el testador vivo o bien después de su muerte, antes que realice la *cretio*, debe realizarla por orden del nuevo dueño; pero si ha sido manumitido, puede aceptar la herencia por su arbitrio.¹³⁷

190. *Si autem servus alienus heres institutus est vulgari cretione data, ita intellegitur dies cretionis cedere, si ipse servus scierit se heredem institutum esse, nec ullum impedimentum sit, quo minus certiore dominum faceret, ut illius iussu cernere possit.*

Pero si el esclavo ajeno ha sido instituido heredero dándose la *cretio* común, en este modo se entiende que empieza el término de la *cretio*, si el mismo esclavo haya sabido que fue instituido heredero, y no exista ningún impedimento a informar al dueño que pueda por su orden realizar la *cretio*.

191. *Post haec videamus de legatis. Quae pars iuris extra propositam quidem materiam videtur; nam loquimur de his iuris figuris, quibus per universitatem res nobis adquiruntur: sed cum omni modo de testamentis deque heredibus qui testamento instituuntur locuti sumus, non sine causa sequenti loco poterit haec iuris materia tractari.*

Después de esta materia veamos la de los legados; esta parte del derecho resulta ciertamente fuera de la materia expuesta; en efecto, hablamos de aquellas figuras del derecho, por las que las cosas se adquieren a nosotros a título universal, pero puesto que de todos modos hemos hablado de los testamentos y de los herederos que son instituidos en el testamento, no sin razón se podrá tratar en el siguiente lugar esta materia del derecho.¹³⁸

VI. DE LEGATIS. DE LOS LEGADOS

192. *Legatorum itaque genera sunt quattuor: aut enim per vindicationem legamus aut per damnationem aut sinendi modo aut per praeceptionem.*

Por lo tanto de los legados son cuatro los géneros; porque realizamos legados *per vindicationem* o bien *per damnationem* o bien *sinendi modo* o bien *per praeceptionem*.

193. *Per vindicationem hoc modo legamus: TITIO verbi gratia HOMINEM STICHUM DO LEGO; sed et si alterutrum verbum positum sit, veluti DO aut LEGO, aequè per vindicationem legatum est; item, ut magis visum*

¹³⁶ Confrontar con Inst. 2.14.1.

¹³⁷ Confrontar con Inst. 2.14.1

¹³⁸ Mismo contenido en Inst. 2.20.pr.

est, si ita legatum fuerit: SUMITO, vel ita: sibi habeto, vel ita: CAPITO, aequè per vindicationem legatum est.

Realizamos el legado *per vindicationem* de este modo: A TICIO, por ejemplo, DOY, LEGO EL HOMBRE ESTICO; pero también si una u otra palabra haya sido colocada, por ejemplo: DOY o bien LEGO, igualmente se realizó un legado *per vindicationem*; del mismo modo, como resultó mejor, si haya sido legado así: ASUMIRÁ, o bien así: TENDRÁ PARA ÉL; o bien así: TOMARÁ; igualmente se realizó un legado *per vindicationem*.

194. *Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet, id est intendere suam rem ex iure Quiritium esse.*

Pero por este motivo es llamado legado *per vindicationem*, porque después de aceptar la herencia inmediatamente con base en el derecho de los Quirites se hace la cosa del legatario; y si el legatario pide aquella cosa al heredero o bien a cualquier otro que la posee, debe vindicarla, es decir afirmar que la cosa es suya con base en el derecho de los Quirites.

195. *In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores quod ita legatum sit statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse (dimissum), sed posteaquam scierit et omiserit legatum, proinde esse atque si legatum non esset; Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere. Sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur, quod Proculo placuit: nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, "Deliberent", inquit, "decuriones an ad se velint pertinere", proinde ac si uni legatus esset.*

Sólo en esto disienten los juristas, que ciertamente Sabino y Casio y todos nuestros maestros piensan que así inmediatamente lo que haya sido legado después de aceptar la herencia se hace del legatario, también si ignora que es dejado un legado para él, pero después que haya conocido y omitido el legado, es como si el legado no existiera; pero Nerva y Próculo y todos los otros autores de aquella es-

cuela piensan que se hace la cosa del legatario no de otro modo que si haya querido que ésta le pertenezca; pero hoy, con base en una constitución del divino Antonino Pío nos resulta mejor utilizar aquel derecho que Próculo decidió; en efecto, habiendo un latino dispuesto un legado *per vindicationem* en favor de una colonia, dijo: "Los decuriones decidan si quieran que les pertenezca", como si hubiese sido realizado un legado en favor de uno.

196. *Eae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt. Sed eas quidem res, quae pondere numero mensura constant, placuit sufficere, si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris, veluti vinum oleum frumentum pecuniam numeratam. Ceteras res vero placuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium esse debere, id est et quo faceret testamentum et quo moreretur: alioquin inutile est legatum.*

Pero, sólo aquellas cosas que son del mismo testador con base en el derecho de los Quirites son legadas correctamente *per vindicationem*. Pero se decidió que aquellas cosas que consisten en el peso, cantidad y medida, era suficiente que en el tiempo de la muerte fuesen del testador con base en el derecho de los Quirites, por ejemplo: vino, aceite, trigo, dinero; mientras que se decidió que las otras cosas deben ser del testador con base en el derecho de los Quirites en ambos tiempos, esto es, en el que hizo el testamento y en el que muere; de otro modo es inútil el legado.

197. *Sed sane hoc ita est iure civili. Postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit, quae eius numquam fuerit, proinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset; optimum autem ius est per damnationem legati, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit.*

Pero ciertamente esto es así por el derecho civil. Pero después fue hecho un senadoconsulto con base en la autoridad de Nerón César, en que fue establecido, que si cada uno haya legado aquella cosa, que nunca haya sido suya, igualmente sea útil el legado, como si hubiera sido dejado por óptimo derecho; en efecto, óptimo es el derecho del legado *per damnationem*, en este género también se puede legar una cosa ajena, como aparecerá más abajo.

198. *Sed si quis rem suam legaverit, deinde post testamentum factum eam alienaverit, plerique putant non solum iure civili inutile esse legatum, sed nec ex senatusconsulto confirmari. Quod ideo dictum est, quia et si per damnationem aliquis rem suam legaverit eamque postea alienaverit, plerique putant, licet ipso iure debeatur legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repelli, quasi contra voluntatem defuncti petat.*

Pero si el que haya legado una cosa suya, después de haber hecho el testamento la haya enajenado, muchos piensan que no solamente es el legado inútil con base en el derecho civil, sino que tampoco es confirmado por el senadoconsulto. Esto fue dicho por este motivo porque también si *per damnationem* haya legado alguna cosa suya y después la haya enajenado, muchos piensan que aunque sea debido el legado por derecho, sin embargo el legatario que pide puede por la excepción de dolo malo ser repelido, como si pida en contra de la voluntad del difunto.

199. *Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive coniunctim sive disiunctim, et omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario adcrecere. Coniunctim autem ita legatur: TITIO ET SEIO HOMINEM STICHUM DO LEGO; disiunctim ita: L. TITIO HOMINEM STICHUM DO LEGO. SEIO EUNDEM HOMINEM DO LEGO.*

Esto resulta que, si haya sido legada la misma cosa *per vindicationem* a dos o más simultáneamente o bien separadamente, y todos vengan al legado, las partes pertenecen a cada uno y la porción de quien abandona se acrece al colegatario; después es realizado el legado simultáneamente de este modo: DOY, LEGO EL HOMBRE ESTICO A TICIO Y SEYO; y separadamente así: DOY, LEGO EL HOMBRE ESTICO A TICIO, EL MISMO HOMBRE DOY, LEGO A SEYO.

200. *Illud quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cuius sit. Nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est eius servi, qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est; quem constat interea heredis servum esse. Sed diversae scholae auctores putant nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo quod pure legatum est antequam legatarius admittat legatum.*

Esto se pregunta, de quien sea lo que fue legado *per vindicationem* bajo condición, mientras que está pendiente la condición. Nuestros maestros piensan que es del heredero según el ejemplo del *statuliber*, esto es, de aquel esclavo, que en el testamento bajo alguna condición se ordenó que fuera libre; éste resulta que es mientras tanto del heredero; pero los autores de la escuela contraria piensan que en tal lapso esta cosa no es de nadie; esto dicen mucho de más de lo que puramente fue legado antes que el legatario acepte el legado.

201. *Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEUS STICHUM SERVUM MEUM DARE DAMNAS ESTO; sed et si dato scriptum fuerit, per damnationem legatum est.*

Legamos de este modo *per damnationem*: EL HEREDERO MÍO SERÁ OBLIGADO A DAR A MI ESCLAVO ESTICO; pero también si haya sido escrito, dará, es un legado *per damnationem*.

202. *Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres ((rem)) redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat.*

Y en este género de legado también puede ser legada una cosa ajena, así de modo que el heredero deba adquirirla y darla o bien dar el valor estimado de ésta.¹³⁹

203. *Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, veluti: FRUCTUS QUI IN ILLO FUNDO NATI ERUNT, aut QUOD EX ILLA ANCILLA NATUM ERIT.*

También aquella cosa que no está en la naturaleza, si es futura, puede ser legada *per damnationem*, por ejemplo: LOS FRUTOS QUE EN AQUEL FUNDO HABRÁN NACIDO, o bien, LO QUE DE AQUELLA ESCLAVA HABRÁ NACIDO.¹⁴⁰

204. *Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nihilo minus heredis est. Et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere HEREDEM SIBI DARE OPORTERE, et tum heres ((rem)), si Mancipi sit, Mancipio dare aut in iure cedere possessionemque*

¹³⁹ Confrontar con Inst. 2.20.4.

¹⁴⁰ Confrontar con Inst. 2.20.7.

tradere debet: si nec Mancipi sit, sufficit si tradiderit. Nam si Mancipi rem tantum tradiderit nec Mancipaverit, usucapione pleno iure fit legatarii; completur autem usucapio, sicut alio quoque loco diximus, Mobilium quidem rerum anno, earum vero, quae solo tenentur, biennio.

Pero lo que fue legado así, después de aceptar la herencia, también si fue legado pura y simplemente, no se adquiere inmediatamente al legatario, como por medio del legado *per vindicationem*; y por este motivo el legatario debe ejercitar una acción *in personam*, esto es, afirmar que EL HEREDERO ESTÁ OBLIGADO A DARLE ALGO, y entonces el heredero, si la cosa sea *Mancipi*, debe darla con *Mancipatio* o bien realizar la *in iure cessio* de esa y transmitir la posesión; si sea la cosa *nec Mancipi*, es suficiente que haya realizado la *traditio*. Ciertamente si únicamente haya realizado la *traditio* de una cosa *Mancipi* y no la *Mancipatio*, se hace de pleno derecho del legatario por la usucapión; pero se completa la usucapión, como también dijimos en otro lugar, ciertamente de las cosas muebles en un año, pero de aquellas que son tenidas en el suelo, en un bienio.

205. *Est et illa differentia huius et per vindicationem legati, quod si eadem res duobus pluribusve per damnationem legata sit, si quidem coniunctim, plane singulis partes debentur, sicut in illo quod per vindicationem legatum est: si vero disiunctim, singulis solidum debetur. Ita fit, ut scilicet heres alteri rem, alteri aestimationem eius praestare debeat. Et in coniunctis deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet.*

Hay también aquella diferencia entre este legado y el legado *per vindicationem*, que si la misma cosa haya sido legada a dos o más personas *per damnationem*, si en efecto simultáneamente, son debidas claramente las partes a cada uno, como en aquello que fue legado *per vindicationem*; pero si separadamente, se debe la totalidad a cada uno; así se hace que ciertamente el heredero deba dar a uno la cosa, al otro su estimación. Y respecto a los legatarios simultáneos la porción de quien falta no pertenece al colegatario, sino permanece en la herencia.

206. *Quod autem diximus, deficientis portionem in per damnationem quidem legato in hereditate retineri, in per vindicationem vero collegatario adcrecere, admonendi sumus ante legem Papiam hoc*

iure civili ita fuisse; post legem vero Papiam deficientis portio caduca fit et ad eos pertinet, qui in eo testamento liberos habent.

Pero lo que dijimos, que la porción de quien falta ciertamente en el legado *per damnationem* se retiene en la herencia, mientras que en el legado *per vindicationem* acrece al colegatario, debemos recordar que así fue por el derecho civil antes de la ley Papia; pero después de la ley Papia la porción de quien falta se hace caduca y pertenece a los que en aquel testamento tienen descendientes.

207. *Et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis heredum liberos habentium, deinde, si heredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt.*

Y aunque la primera posición en la *vindicatio* de los bienes caducos sea de los herederos que tengan descendientes, y después, si los herederos no tengan descendientes, de los legatarios que tienen descendientes, sin embargo se declara por la misma ley Papia, que el colegatario simultáneo, si tenga descendientes, se encuentre en una posición mejor respecto a los herederos, también si tendrán descendientes.

208. *Sed plerisque placuit, quantum ad hoc ius, quod lege Papia coniunctis constituitur, nihil interesse, utrum per vindicationem an per damnationem legatum sit.*

Pero la mayor parte (de los juristas) decidió en cuanto a este derecho, que con base en la ley Papia es establecido para los legatarios simultáneos, nada importa si haya sido legado *per vindicationem* o bien *per damnationem*.

209. *Sinendi modo ita legamus: HERES MEUS DAMNAS ESTO SINERE L. TITIO HOMINEM STICHUM SUMERE SIBIQUE HABERE.*

De este modo legamos *sinendi modo*: MI HEREDERO SERÁ OBLIGADO A PERMITIR QUE L. TICIO TOME Y TENGA PARA ÉL, EL HOMBRE ESTICO.

210. *Quod genus legati plus quidem habet quam per vindicationem legatum, minus autem quam per damnationem. Nam eo modo non*

solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui, cum alioquin per vindicationem nisi suam rem legare non potest, per damnationem autem cuiuslibet extranei rem legare potest.

Ciertamente este género de legado es más amplio que el legado *per vindicationem* pero menos que el *per damnationem*; en efecto, en este modo no solamente el testador puede útilmente legar su cosa, sino también la de su heredero, mientras que diferentemente no puede legar *per vindicationem* la cosa si no es suya, pero *per damnationem* puede legar una cosa de cualquier extraño.

211. *Sed si quidem mortis testatoris tempore res vel ipsius testatoris sit vel heredis, plane utile legatum est, etiamsi testamenti faciendi tempore neutrius fuerit.*

Ciertamente pero si en el tiempo de la muerte del testador la cosa sea o bien del mismo testador o bien del heredero, claramente fue legado útilmente, también si en el tiempo de hacer el testamento no haya sido de ninguno de los dos.

212. *Quod si post mortem testatoris ea res heredis esse coeperit, quaeritur, an utile sit legatum. Et plerique putant inutile esse. Quid ergo est? licet aliquis eam rem legaverit, quae neque eius umquam fuerit neque postea heredis eius umquam esse coeperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde videtur, ac si per damnationem relicta esset.*

Se cuestiona si sea útil el legado en caso que después de la muerte del testador haya comenzado a ser aquella cosa del heredero; y muchos piensan que es inútil. ¿Qué sucede? Aunque alguien haya legado aquella cosa que jamás haya sido suya ni después jamás haya comenzado a ser de su heredero, resulta con base en el senadoconsulto neroniano como si hubiera sido dejada *per damnationem*.

213. *Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eo usque, donec is tradendo vel mancipando vel in iure cedendo legatarii eam fecerit, ita et in sinendi modo legato iuris est; et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est: QUIDQUID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET.*

Pero como la cosa legada *per damnationem* no se hace del legatario inmediatamente después de aceptar la herencia, sino permanece

del heredero por todo el tiempo hasta que él la haya hecho del legatario mediante la *traditio* o bien la *mancipatio* o bien la *in iure cessio*, así también es el derecho en el legado *sinendi modo*, y por este motivo, también a título de este legado hay la acción *in personam*: CUALQUIER COSA CON BASE EN EL TESTAMENTO EL HEREDERO DEBE DAR, HACER.

214. *Sunt tamen qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in iure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur: quia nihil ultra ei testator imperavit, quam ut sinat, id est patiatur, legatarium rem sibi habere.*

Sin embargo, existen quienes piensan que con base en este legado no se considera obligado el heredero para que mancipe o bien realice la *in iure cessio* o bien la *traditio*, sino es suficiente que tolere que la cosa la tome el legatario; porque el testador nada le ordenó de más que permita, esto es, que tolere que el legatario tenga para él la cosa.

215. *Maior illa dissensio in hoc legato intervenit, si eandem rem duobus pluribusve disiunctim legasti. Quidam putant utrisque solidam deberi sicut per vindicationem; nonnulli occupantis esse meliorem condicionem aestimant, quia, cum eo genere legati damnetur heres patientiam praestare ut legatarius rem habeat, sequitur, ut si priori patientiam praestiterit et is rem sumpserit, securus sit adversus eum, qui postea legatum petierit, quia neque habet rem, ut patiatur eam ab eo sumi, neque dolo malo fecit, quo minus eam rem haberet.*

Mayor se presenta respecto a este legado aquel contraste, si diste en legado la misma cosa separadamente a dos o más personas. Algunos piensan que es debida la totalidad a cada uno como en el legado *per vindicationem*; otros estiman que es mejor la condición del que la ocupa, porque, en este género de legado, siendo el heredero obligado a tolerar que el legatario tenga la cosa, es consecuente que, si al primero haya tolerado y éste haya tomado la cosa, él esté seguro frente a quien después haya pedido el legado, porque ni tiene la cosa, de modo que permita que ésta sea tomada por aquél, ni impidió con dolo malo que tuviese esta cosa.

216. *Per praeceptionem hoc modo legamus: L. TITIUS HOMINEM STICHUM PRAECIPITO.*

De este modo legamos *per praeceptionem*: L. TICIO TOMARÁ ANTICIPADAMENTE EL HOMBRE ESTICO.

217. *Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei qui aliqua ex parte heres scriptus esset: praecipere enim esse praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipuum legatum habiturus sit.*

Pero ciertamente nuestros maestros piensan que a ninguna otra persona puede ser legado en este modo que a quien hubiera sido escrito heredero de alguna parte; ya que *praecipere* es tomar anticipadamente; y esto solamente sucede en la persona del que fue instituido heredero de alguna parte, porque aquel tendrá un legado anticipado fuera de la porción de la herencia.

218. *Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum; adeo ut Sabinus existimaverit ne quidem ex senatus consulto Neroniano posse convallescere: "nam eo", inquit, "senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae verborum vitio iure civili non valent, non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur". Sed Iuliano et Sexto placuit etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum: nam ex verbis etiam hoc casu accidere, ut iure civili inutile sit legatum, inde manifestum esse, quod eidem aliis verbis recte legatur, veluti per vindicationem, per damnationem, sinendi modo; tunc autem vitio personae legatum non valere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, veluti peregrino, cum quo testamenti factio non sit: quo plane casu senatusconsulto locus non est.*

Y por este motivo si haya sido legado a un extraño es inútil el legado; a tal punto que Sabino consideró que ni tampoco con base en el senadoconsulto Neroniano puede sanarse; "en efecto", dice, "por este senadoconsulto solamente son convalidados aquellos legados que por un vicio de las palabras no valen con base en el derecho civil, no aquellos que no fuesen debidos por motivo de la misma persona del legatario". Pero Juliano y Sexto decidieron que también en este caso es convalidado el legado con base en el senadoconsulto, y que en efecto por las palabras también sucede este caso, que por el derecho civil el legado sea inútil, mientras es evidente que al mismo correctamente es legado con otras palabras, por ejemplo, *per*

vindicationem, per damnationem, sinendi modo; pero entonces por el vicio de la persona no vale el legado, cuando haya sido legado al que de ningún modo puede ser legado, por ejemplo, al peregrino, con el que no hay *testamenti factio*; en este caso claramente no tiene lugar el senadoconsulto.

219. *Item nostri praeceptores quod ita legatum est nulla ((alia)) ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerit legatum, quam iudicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est dividunda, accipi solet: officio enim iudicis id contineri, ut ei quod per praeceptionem legatum est adiudicetur.*

Del mismo modo nuestros maestros piensan que al que fue legado así no pueda conseguirlo de ningún otro modo que por el juicio de división de herencia, que suele ejercitarse entre los herederos por la partición de la herencia, esto es, por la división; ya que por el oficio del juez se contiene esto, que a aquel sea adjudicado lo que fue legado *per praeceptionem*.

220. *Unde intellegimus nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse, nisi quod testatoris sit; nulla enim alia res quam hereditaria deducitur in hoc iudicium. Itaque si non suam rem eo modo testator legaverit, iure quidem civili inutile erit legatum; sed ex senatusconsulto confirmabitur. Aliquo tamen casu etiam alienam rem ((per)) praeceptionem legari posse fatentur: veluti si quis eam rem legaverit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant soluta pecunia luere eam rem, ut possit praecipere is, cui ita legatum sit.*

Con base en esto entendemos que según la opinión de nuestros maestros ninguna otra cosa puede ser legada *per praeceptionem* que lo que sea del testador; ya que ninguna otra cosa que una hereditaria es incluida en este juicio. Por lo tanto, si el testador haya legado en este modo una cosa que no es suya, ciertamente será inútil el legado por el derecho civil; pero será confirmado por el senadoconsulto. Sin embargo, reconocen que en algún caso también la cosa ajena puede ser legada *per praeceptionem*; por ejemplo, si alguien haya legado aquella cosa que haya dado al acreedor en mancipio por causa de fiducia; en efecto, consideran que por el oficio del juez los coherederos pueden ser constreñidos pagado el dinero, a

dar aquella cosa para que él al que de este modo fue legado pueda recibirla anticipadamente.

221. *Sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur: TITIUS HOMINEM STICHUM CAPITO, supervacuo adiecta PRAE syllaba: ideoque per vindicationem eam rem legatam videri. Quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse.*

Pero los autores de la escuela contraria piensan que también a un extraño puede ser legado *per praeceptionem*, como si de este modo sea escrito: TICIO TOMARÁ AL HOMBRE ESTICO, inútilmente añadida la sílaba *PRAE*; y por este motivo se considera esta cosa legada *per vindicationem*; y esta opinión se dice que fue confirmada por una constitución del divino Adriano.

222. *Secundum hanc igitur opinionem, si ea res ex iure Quiritium defuncti fuerit, potest a legatario vindicari, sive is unus ex heredibus sit sive extraneus; quod si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatusconsulto utile erit legatum, heredi vero familiae eriscundae iudicis officio praestabitur: quod si nullo iure fuerit testatoris, tam heredi quam extraneo ex senatusconsulto utile erit.*

Entonces según esta opinión, si aquella cosa haya sido del difunto por el derecho de los Quirites, puede vindicarse por el legatario, bien que éste sea uno de los herederos o bien un extraño; porque si haya sido solamente en los bienes del testador, ciertamente para el extraño habrá sido legado útilmente con base en el senadoconsulto, mientras al heredero será dado por el oficio del juez con la *actio familiae eriscundae*; que si no haya sido del testador por ningún derecho, tanto al heredero que al extraño será útil por el senadoconsulto.

223. *Sive tamen heredibus secundum nostrorum opinionem, sive etiam extraneis secundum illorum opinionem, duobus pluribusve eadem res coniunctim aut disiunctim legata fuerit, singuli partes habere debent.*

Sin embargo, si bien sea a los herederos según nuestra opinión, bien sea también a los extraños según la opinión de aquellos, la misma cosa simultánea o bien separadamente, haya sido legada a dos o más personas, cada uno debe tener su parte.

VII. AD LEGEM FALCIDIAM.

SOBRE LA LEY FALCIDIA

224. *Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: UTI LEGASSIT SUAE REI, ITA IUS ESTO. Qua de causa qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur.*

Pero ciertamente en un tiempo era lícito atribuir todo el patrimonio en legados y en libertades, y dejar ninguna cosa al heredero, excepto que el vacío nombre de heredero; y esto resultaba permitir la ley de las XII Tablas, en la que es dispuesto, que lo que cada uno hubiera testado de su patrimonio, se consideraría establecido, con estas palabras: COMO LEGO DE SU PATRIMONIO, ASÍ SERÁ EL DERECHO. Por esta razón los que eran escritos herederos, se abstendían de la herencia, y por este motivo la mayoría de las personas morían intestadas.

225. *Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est. Set (et) haec lex non perfecit quod voluit; qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.*

Por esto fue aprobada la ley Furia con la que a excepción de ciertas personas, no fue permitido recibir más de mil ases a título de legados o bien por causa de muerte; pero tampoco esta ley no obtuvo lo que quiso, ya que por ejemplo el que tenía un patrimonio de cinco mil ases, podía a cinco hombres erogar todo el patrimonio legando a cada uno mil ases.

226. *Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret, quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur, sed tamen fere vitium simile nascebatur; nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat ((testator)) adeo heredi minimum*

relinquere, ut non expedit heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

Por este motivo posteriormente fue aprobada la ley Voconia con la que se estableció que a nadie era lícito adquirir a título de legados o bien por causa de muerte más que lo que los herederos adquirirían. Con base en esta ley evidentemente los herederos resultaban tener algo, pero, sin embargo nacía casi un vicio similar; en efecto, el testador, distribuido el patrimonio entre muchas personas de los legatarios podía dejar al heredero poquísimo, a tal punto que no convenía al heredero por causa de tal ganancia sostener todas las cargas de la herencia.¹⁴¹

227. *Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem. Itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat. Et hoc nunc iure utimur.*

Por esto fue aprobada la ley Falcidia, con la que se estableció que no le sea lícito legar más que las tres cuartas partes; por esto es necesario que el heredero tenga la cuarta parte de la herencia y utilizamos actualmente este derecho.¹⁴²

228. *In libertatibus quoque dandis nimiam licentiam compescuit lex Fufia Caninia, sicut in primo commentario rettulimus.*

También la ley Fufia Caninia reprimió la excesiva facultad de dar las libertades como referimos en el primer comentario.

¹⁴¹ Al respecto ver: Antonio Guarino, "Lex Voconia", *Labeo*, v. 28 (1982), pp. 188 a 191; Roger Vigneron, "L'antifeministe loi Voconia et les Schleichwege des Lebens", *Labeo*, v. 29 (1983), pp. 140 a 153.

¹⁴² Paulo, *libro singulari ad legem Falcidiam* D.35.2.1.pr: Se promulgó la ley Falcidia la que concedió en el primer capítulo la libre facultad para legar hasta las tres cuartas partes con estas palabras: "Cualquier ciudadano romano que después de promulgada esta ley quiera hacer testamento tenga derecho y potestad para dar y legar este dinero y estas cosas a quienes quiera, en la forma que le será lícito por las siguientes partes de esta ley". En el segundo capítulo estableció el límite de los legados con estas palabras: "Cualquier ciudadano romano que después de promulgada esta ley hiciere testamento tenga derecho y potestad para dar y legar a cualquier ciudadano romano por derecho público cuanto dinero quiera, con tal que el legado se dé de modo que los herederos no perciban por este testamento menos de la cuarta parte de la herencia. Sea lícito a quienes así se hubiere dado o legado alguna cosa percibir este dinero sin fraude propio; y este heredero a quien se le hubiere mandado o a quien se le hubiere condenado a dar este dinero, deba dar el dinero a que fue condenado"; al respecto ver: Vincenzo Mannino, "Cervidio Scevola e l'applicazione della Falcidia ai legati fra loro connessi", *BIDR*, v. 84 (1981), pp. 125 a 157.

VIII. DE INUTILITER RELICTIS LEGATIS. DE LOS LEGADOS DEJADOS INÚTILMENTE

229. *Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio.*

Es legado inútilmente antes de la institución de heredero, evidentemente porque los testamentos reciben fuerza de la institución de heredero, y a causa de esto la institución de heredero se entiende como cabeza y fundamento de todo el testamento.¹⁴³

230. *Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari potest.*

Con base en la misma razón tampoco puede darse la libertad antes de la institución de heredero.¹⁴⁴

231. *Nostri praeceptores nec tutores eo loco dari posse existimant; sed Labeo et Proculus tutorem posse dari, quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione.*

Nuestros maestros consideran que tampoco pueden darse tutores en este lugar; pero Labeón y Próculo consideran que el tutor puede darse porque nada se atribuye de la herencia dándose un tutor.

232. *Post mortem quoque heredis inutiliter legatur, id est hoc modo: CUM HERES MEUS MORTUUS ERIT, DO LEGO, aut DATO. Ita autem recte legatur: CUM HERES ((MEUS)) MORIATUR, quia non post mortem heredis relinquitur, sed ultimo vitae eius tempore. Rursum ita non potest legari: PRIDIE QUAM HERES MEUS MORIETUR; quod non pretiosa ratione receptum videtur.*

Es legado inútilmente también después de la muerte del heredero, esto es, de este modo: CUANDO SERÁ MUERTO MI HEREDERO, DOY, LEGO o bien, DARÁ. Pero es legado correctamente en este modo: CUANDO MI HEREDERO MUERA, porque no es dejado después de la muerte del heredero, sino en el último tiempo de su vida; por el contrario, no puede ser legado así: EL DÍA ANTERIOR DE QUE MI

¹⁴³ Mismo contenido en Inst. 2.20.34.

¹⁴⁴ Mismo contenido en Inst. 2.20.34.

HEREDERO MUERA, porque no resulta recibido con base en una razón de gran valor.¹⁴⁵

233. *Eadem et de libertatibus dicta intellegemus.*

La misma razón entenderemos dicha también de las libertades.

234. *Tutor vero an post mortem heredis dari possit quaerentibus eadem forsitan poterit esse quaestio, quae de ((eo)) agitur, qui ante heredum institutionem datur.*

Pero respecto a los que piden si pueda darse un tutor después de la muerte del heredero podrá quizás existir la misma cuestión que se discute con referencia a aquel, que se da antes de la institución de herederos.

IX. DE POENAE CAUSA RELICTIS LEGATIS.

DE LOS LEGADOS DEJADOS POR CAUSA DE PENA

235. *Poenae quoque nomine inutiliter legatur. Poenae autem nomine legari videtur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat aut non faciat; veluti quod ita legatur: SI HERES MEUS FILIAM SUAM TITIO IN MATRIMONIUM COLLOCAVERIT, X ((MILIA)) SEIO DATO, vel ita: SI FILIAM TITIO IN MATRIMONIUM NON COLLOCAVERIS, X MILIA TITIO DATO; sed et si heredem, si verbi gratia intra biennium monumentum sibi non fecerit, X ((milia)) Titio dare iusserit ((testator)),¹⁴⁶ poenae nomine legatum est; et denique ex ipsa definitione multas similes species circumspicere possumus.*

También a título de pena inútilmente es legado. Pero se considera que es legado a título de pena lo que es dejado por causa de constreñir al heredero para que el mismo haga o no haga alguna cosa; por ejemplo, lo que es legado así: SI MI HEREDERO HAYA COLOCADO EN MATRIMONIO A SU HIJA CON TICIO, DARÁ DIEZ MIL A SEYO, o bien así: SI NO HAYA COLOCADO LA HIJA EN MATRIMONIO A TICIO, DARÁ DIEZ

¹⁴⁵ Mismo contenido en Inst. 2.20.35 que además menciona: ...Nosotros hemos corregido también esto (ver C.8.37) otorgando valor a los legados de tal naturaleza, a imitación de lo que se hace con los fideicomisos, a fin de que en este punto no resulten los legados de peor condición que aquéllos.

¹⁴⁶ Integrado por Goeschen.

MIL A TICIO; pero también si el testador haya ordenado que si el heredero no haya hecho un monumento para él, por ejemplo dentro de dos años, diera diez mil a Ticio, fue legado a título de pena y al final con base en la misma definición podemos considerar muchas especies similares.¹⁴⁷

236. *Nec libertas quidem poenae nomine dari potest, quamvis de ea re fuerit quaesitum.*

Ni tampoco la libertad puede ser dada a título de pena por cuanto de ésta cosa haya sido cuestionado.

237. *De tutore vero nihil possumus quaerere, quia non potest datione tutoris heres compelli quidquam facere aut non facere; ideoque ((etsi secundum mentem testatoris is qui tutor))¹⁴⁸ datur poenae nomine tutor datus fuerit, magis sub condicione quam poenae nomine datus videbitur.*

Pero del tutor nada podemos cuestionar porque no puede, con base en la *datio* del tutor ser constreñido el heredero a hacer alguna cosa o no hacerla, y por este motivo, si bien según la mente del testador el tutor que es dado haya sido dado a título de pena, se considerará dado más bajo condición que a título de pena.

238. *Incertae personae legatum inutiliter relinquitur. Incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subicit, veluti cum ita legatum sit: QUI PRIMUS AD FUNUS MEUM VENERIT, EI HERES MEUS X ((MILIA)) DATO. Idem iuris est, si generaliter omnibus legaverit: QUICUMQUE AD FUNUS MEUM VENERIT. In eadem causa est quod ita relinquitur: QUICUMQUE FILIO MEO IN MATRIMONIUM FILIAM SUAM CONLOCAVERIT, EI HERES MEUS X MILIA DATO. Illud quoque in eadem causa est quod ita relinquitur: QUI POST TESTAMENTUM ((SCRIPTUM PRIMI)) CONSULES DESIGNATI ERUNT, aequae incertis personis legari videtur. Et denique aliae multae huiusmodi species sunt. Sub certa vero demonstratione incertae personae recte legatur, veluti: EX COGNATIS MEIS QUI NUNC SUNT QUI PRIMUS AD FUNUS MEUM VENERIT, EI X MILIA HERES MEUS DATO.*

¹⁴⁷ Confrontar Inst. 2.20.36.

¹⁴⁸ Integrado por Mommsen.

Es dejado inútilmente el legado a una persona incierta; pero incierta se considera la persona que por incierta opinión el testador somete a su voluntad; por ejemplo, cuando haya sido legado así: EL QUE PRIMERO A MI FUNERAL SE HAYA PRESENTADO, A ÉL MI HEREDERO DARÁ DIEZ MIL. Vale el mismo derecho, si haya legado generalmente a todos: CUALQUIERA QUE A MI FUNERAL SE HAYA PRESENTADO; en la misma situación está lo que es dejado así: CUALQUIERA QUE HAYA COLOCADO A SU HIJA EN MATRIMONIO CON EL HIJO MÍO, A ÉL MI HEREDERO DARÁ DIEZ MIL. En la misma situación está también lo que es dejado así: QUIENES DESPUÉS DEL TESTAMENTO ESCRITO SERÁN DESIGNADOS PRIMEROS CÓNSULES, igualmente resulta ser legado a personas inciertas; y por lo tanto, existen otras muchas especies de tal manera; más correctamente es legado a una persona incierta pero bajo cierta demostración, por ejemplo: DE MIS COGNADOS QUE ACTUALMENTE ESTÁN, EL QUE PRIMERO SE HAYA PRESENTADO A MI FUNERAL, A ÉL MI HEREDERO DARÁ DIEZ MIL.¹⁴⁹

239. *Libertas quoque non videtur incertae personae dari posse, quia lex Fufia Caninia iubet nominatim servos liberari.*

La libertad tampoco resulta que pueda ser dada a una persona incierta porque la ley Fufia Caninia ordena que los esclavos sean liberados nominativamente.¹⁵⁰

240. *Tutor quoque certus dari debet.*

También debe darse un tutor cierto.

241. *Postumo quoque alieno inutiliter legatur. ((Est)) autem alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est. Ideoque ex emancipato quoque filio conceptus nepos extraneus postumus est; item qui in utero est eius, quae iure civili non intellegitur uxor, extraneus postumus patris intellegitur.*

Es legado inútilmente también al póstumo ajeno; pero es el póstumo ajeno el que nacido no estará entre los *sui heredes* del testador; y por este motivo, también el nieto concebido por el hijo emancipado

es un póstumo extraño; del mismo modo, el que en el útero está de aquella, que con base en el derecho civil no es entendida como esposa, se considera póstumo extraño del padre.¹⁵¹

242. *Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona.*

Ni tampoco puede ser instituido heredero el póstumo ajeno ya que es una persona incierta.

243. *Cetera vero, quae supra diximus, ad legata proprie pertinent. Quamquam non immerito quibusdam placeat poenae nomine heredem institui non posse: nihil enim interest, utrum legatum dare iubeatur heres, si fecerit aliquid aut non fecerit, an coheres ei adiciatur, quia tam coheredis adiectione quam legati datione compellitur, ut aliquid contra propositum suum faciat aut non faciat.*

Pero todas las otras cosas que dijimos arriba conciernen propiamente a los legados. Aunque sea decidido no sin razón por algunos que no se pueda instituir a un heredero a título de pena, ya que nada interesa si sea ordenado al heredero de dar un legado si haya hecho algo o no lo haya hecho, o bien se añada a él un coheredero, porque tanto con base en la adjunción de un coheredero como con base en la *datio* del legado es constreñido a que haga o no haga contra su propósito.

244. *An ei, qui in potestate sit eius, quem heredem instituimus, recte legemus, quaeritur. Servius recte legari putat, sed evanescere legatum, si quo tempore dies legatorum cedere solet, adhuc in potestate sit; ideoque sive pure legatum sit et vivo testatore in potestate heredis esse desierit, sive sub condicione et ante condicionem id acciderit, deberi legatum. Sabinus et Cassius sub condicione recte legari, pure non recte, putant: licet enim vivo testatore possit desinere in potestate heredis esse, ideo tamen inutile legatum intellegi oportere, quia quod nullas vires habiturum foret, si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo valere, quia vitam longius traxerit, absurdum esset. Sed diversae scholae auctores nec sub condicione recte legari, quia, quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione quam pure debere possumus.*

¹⁵¹ Mismo contenido en Inst. 2.20.26.

¹⁴⁹ Confrontar con Inst. 2.20.25.

¹⁵⁰ Confrontar con Inst. 2.20.25; al respecto ver Xavier D'ors, "Liberum esse volo", *Iura*, v. 28 (1977), pp. 95 a 141.

Es cuestionado si legamos correctamente al que está en potestad del que instituimos heredero. Servio piensa que correctamente es legado, pero se desvanece el legado si en el tiempo en que suele ceder el término de los legados todavía está en potestad; y por este motivo, o bien sea el legado puro y viviendo el testador haya terminado de estar en la potestad del heredero, o bien bajo condición y antes de la condición esto haya sucedido, se deberá el legado. Sabino y Casio piensan que correctamente es legado bajo condición, no correctamente se deja el legado puro, ya que aunque viviendo el testador pueda cesar de estar en la potestad del heredero; sin embargo, por este motivo debe ser entendido el legado inútil, porque sería absurdo que lo que no tendría ninguna fuerza, si inmediatamente después hecho el testamento hubiera muerto el testador, valiere por este motivo, porque se haya prolongado a lo largo de la vida; pero los autores de la escuela contraria piensan que ni bajo condición es legado correctamente porque no podemos a los que tenemos en potestad deberles bajo condición así como puramente.

245. *Ex diverso constat ab eo, qui in potestate ((tua)) est, herede instituto recte tibi legari; sed si tu per eum heres extiteris, evanescere legatum, quia ipse tibi legatum debere non possis; si vero filius emancipatus aut servus manumissus erit vel in alium translatus, et ipse heres extiterit aut alium fecerit, deberi legatum.*

Por el contrario resulta evidente que de aquel que está en tu potestad, instituido heredero, correctamente es legado a ti; pero si tú por medio de él hayas sido heredero, desvanece el legado, porque a ti mismo no puedes deberte un legado; pero si hubiera sido emancipado el hijo o bien el esclavo manumitido o bien transmitido a otro, y haya subsistido el mismo heredero o bien haya hecho otro, es debido el legado.

X. AD FIDEICOMMISSA. SOBRE LOS FIDEICOMISOS

246. *Nunc transeamus ad fideicommissa.*

En este momento pasemos a los fideicomisos.¹⁵²

¹⁵² Mismo contenido en Inst. 2.23.pr. Al respecto Franciszek Longchamps de Brier, *Il Fedecommissio Universale nel diritto romano classico* (Warszawa, Liber, 1997), pp. 15 a

247. *Et prius de hereditatibus videamus.*
Y primero veamos de las herencias.¹⁵³

248. *In primis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres recto iure instituatur eiusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur.*

Entonces, en primer lugar debe saberse que es necesario que algún heredero correctamente sea instituido con base en el derecho y se dé encargo a su confianza de transmitir la herencia a otro; si no es inútil el testamento en el que ninguno es instituido correctamente heredero con base en el derecho.¹⁵⁴

249. *Verba autem utilia fideicommissorum haec recte maxime in usu esse videntur: PETO, ROGO, VOLO, FIDEI COMMITTO; quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint.*

Pero resultan correctamente estar en uso sobre todo estas palabras útiles para los fideicomisos: PIDO, RUEGO, QUIERO, DE FE CONFÍO; las que igualmente son eficaces solas como si todas estén unidas en una.¹⁵⁵

250. *Cum igitur scripserimus: L. TITIUS HERES ESTO, possumus adicere: ROGO TE, L. TITI, PETOQUE A TE, UT CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, C. SEIO REDDAS RESTITUAS. Possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est vel sub condicione vel pure relinquere fideicommissa vel ex die certa.*

Entonces cuando hayamos escrito: L. TICIO SERÁ HEREDERO PODEMOS AÑADIR: TE RUEGO, L. TICIO, Y TE PIDO, QUE CUANDO PUEDES ACEPTAR MI HERENCIA, LA ATRIBUYAS Y ENTREGUES A C. SEYO. Pero podemos también rogar de entregar una parte de la herencia; y es libre dejar fideicomisos bajo condición o bien puramente o a partir de un día cierto.¹⁵⁶

235; del mismo: "Il rispetto per la volontà del *de cuius* sull'esempio dei fedecommissi romani", *RIDA*, v. 45 (1998), pp. 479 a 500.

¹⁵³ Confrontar Inst. 2.23.pr.

¹⁵⁴ Mismo contenido en Inst. 2.23.2.

¹⁵⁵ Mismo contenido en Inst. 2.24.3

¹⁵⁶ Mismo contenido en Inst. 2.23.2.

251. *Restituta autem hereditate is qui restituit nihilo minus heres permanet; is vero qui recipit hereditatem aliquando heredis loco est, aliquando legatarii.*

Pero una vez entregada la herencia el que la entregó nada menos permanece heredero; pero el que recibe la herencia tal vez está en el lugar del heredero, tal vez del legatario.¹⁵⁷

252. *Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii, sed potius emptoris. Tunc enim in usu erat ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eadem interponebantur inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnitas esset, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero qui recipiebat hereditatem invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.*

Pero en un tiempo ni estaba en el lugar del heredero ni del legatario, sino más bien del comprador; ya que entonces estaba en uso al que era entregada la herencia, que le fuese vendida aquella herencia por así decir por una moneda; y aquellas estipulaciones que suelen ser interpuestas entre el vendedor de la herencia y el comprador, las mismas eran interpuestas entre el heredero y aquel al que la herencia era entregada, esto es, de este modo: ciertamente el heredero se hacía prometer de él al que era entregada la herencia, que por cualquier cosa hubiera sido condenado a título hereditario, o bien hubiera dado algo por otras razones con base en la buena fe, a este título fuera indemnizado, y sin duda si alguien hubiese ejercitado una acción hacia él a título hereditario, correctamente fuese defendido; pero aquel que recibía la herencia a su vez se hacía prometer que si algo con base en la herencia hubiera llegado al heredero, esto fuese entregado

a él, y que también le fuese permitido ejercitar las acciones hereditarias en nombre de *procurator* o bien *cognitor*.¹⁵⁸

253. *Sed posterioribus temporibus Trebellio Maximo et Annaeo Seneca consulibus senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae iure civili heredi et in heredem competere, ((ei)) et in eum darentur, cui ex fideicommissio restituta esset hereditas. Per quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi. Praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit, eaeque in edicto proponuntur.*

Pero en tiempos posteriores fue hecho un senadoconsulto durante el consulado de Trebelio Máximo y Aneo Séneca, con el que se estableció que si a alguien la herencia haya sido entregada por causa de fideicomiso, las acciones que con base en el derecho civil competirían a favor y en contra del heredero, fueran dadas a favor y en contra de él al que por el fideicomiso hubiese sido entregada la herencia. Por medio de este senadoconsulto cesaron de ser tenidas en uso aquellas garantías; entonces el pretor comenzó a dar acciones útiles a favor y en contra del que recibió la herencia como si fueran a favor y en contra del heredero, y éstas son contenidas en el edicto.¹⁵⁹

254. *Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguiebantur fideicommissa, postea Pegaso et Pusione ((consulibus)) senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hereditatem restituere, proinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus, quae per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. Per quod senatusconsultum ipse ((heres)) onera hereditaria sustinet; ille autem, qui ex fideicommissio reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarum loco est, id est eius legatarii, cui pars bonorum legatur: quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. Unde effectum est, ut*

¹⁵⁸ Sobre el presente texto ver nuestra monografía: Yuri González Roldán, "Propuesta sobre la venta de herencia en el derecho romano clásico", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, v. 21 (1977), pp. 11 a 63.

¹⁵⁹ Mismo contenido en Inst. 2.23.4.

¹⁵⁷ Mismo contenido en Inst. 2.23.3.

quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eadem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit.

Pero de nuevo porque los herederos escritos, puesto que eran pedidos generalmente de entregar toda la herencia o bien casi toda, rehusaban aceptar la herencia a causa de la ganancia nula o bien mínima y por eso se extinguían los fideicomisos, entonces, durante el consulado de Pegasio y Pusión el senado decretó que al que fuese pedido de entregar la herencia, fuese permitido retener la cuarta parte igualmente como es concedido retener en los legados con base en la ley Falcidia. También de las cosas singulares que son dejadas por fideicomiso fue permitida la misma retención; por medio de este senadoconsulto el mismo heredero sostiene los pesos hereditarios, pero el que con base en el fideicomiso recibe la parte restante de la herencia está en el lugar de un legatario parciario, esto es, de aquel legatario al que es legada una parte de los bienes. Esta especie de legado es llamada división, porque el legatario divide la herencia con el heredero; por esto fue hecho, de modo que las mismas estipulaciones que suelen ser interpuestas entre el heredero y el legatario parciario sean interpuestas entre el que recibe la herencia por causa de fideicomiso y el heredero, esto es, que sea común por parte determinada entre ellos el lucro y el daño hereditario.¹⁶⁰

255. *Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatusconsulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure civili, in eum vero, qui recipit hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano. Quamquam heres etiam pro ea parte quam restituit heres permanet eique et in eum solidae actiones competunt; sed non ulterius oneratur nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet.*

Por esto si ciertamente el heredero escrito haya sido rogado de entregar no más que las tres cuartas partes de la herencia, entonces,

¹⁶⁰ Mismo contenido en Inst. 2.23.5. Sobre el senadoconsulto Pegasiano ver: Ulrich Manthe, *Das Senatusconsultum Pegasianum*, (Berlín, Duncker & Humblot, 1989), pp. 1 a 228. Recensiones de Giambattista Impallomeni en *Iura*, v. 40 (1989), pp. 110 a 114; Mario Talamanca en *BIDR*, v. 92-93 (1989-1990), pp. 781 a 788.

con base en el senadoconsulto Trebeliano se entrega la herencia, y son dadas las acciones hereditarias por la parte determinada en contra del heredero, ciertamente con base en el derecho civil, mientras en contra del que recibe la herencia por el senadoconsulto Trebeliano. Por cuanto al heredero, también por aquella parte que entregó permanece heredero y le competen a su favor y en contra las acciones en totalidad, pero no es gravado, ni le son dadas las acciones ulteriormente respecto al beneficio de la herencia que a él permanece.¹⁶¹

256. *At si quis plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatusconsulto.*

Pero si alguien haya sido pedido de entregar más que las tres cuartas partes o bien también toda la herencia, tiene lugar el senadoconsulto Pegasiano.¹⁶²

257. *Sed is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua voluntate adierit, sive retinuerit quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet; sed quarta quidem retenta quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tamquam inter partiarium legatarium et heredem; si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt.*

Pero el que haya aceptado una vez la herencia, si solamente haya aceptado por su voluntad, haya retenido la cuarta parte o bien no la haya retenido, el mismo sostiene todos los pesos hereditarios; pero ciertamente retenida la cuarta parte, deben ser interpuestas las estipulaciones como aquellas *partis et pro parte* así como entre el legatario parciario y el heredero; pero si haya entregado toda la herencia deben interponerse estipulaciones a ejemplo de aquellas de la compraventa de herencia.¹⁶³

258. *Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat, proindeque ei et in eum qui receperit*

¹⁶¹ Mismo contenido en Inst. 2.23.6.

¹⁶² Mismo contenido en Inst. 2.23.6.

¹⁶³ Mismo contenido en Inst. 2.23.6.

((hereditatem)) actiones dentur, ac iuris esset ex senatusconsulto Trebelliano. Quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic qui restituit securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui receperit hereditatem.

Pero si el heredero escrito rehúse de aceptar la herencia a causa del hecho que diga que ésta es para él sospechosa, en cuanto dañosa, se establece por el senadoconsulto Pegasiano que demandándolo él al que fue pedido de entregarla, por orden del pretor la acepte y entregue, y consecuentemente las acciones son dadas a favor y en contra del que haya recibido la herencia como era el derecho con base en el senadoconsulto Trebelliano; en este caso no son necesarias ningunas estipulaciones, porque al mismo tiempo, bien sea a éste que entrega, es dada seguridad, bien sea las acciones hereditarias son transferidas a favor y en contra del que haya recibido la herencia.¹⁶⁴

259. *Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus aut totam hereditatem aut pro parte restituere rogetur, an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partis partem restituere rogetur; nam et hoc casu de quarta parte eius partis ratio ex Pegasiano senatusconsulto haberi solet.*

Pero nada interesa si alguien instituido heredero por la totalidad sea rogado a entregar toda la herencia o bien una parte, o instituido heredero por una parte sea rogado a entregar toda esta parte o bien una parte de esta parte; en efecto, también en este caso con base en el senadoconsulto Pegasiano suele tenerse la porción de la cuarta parte de esta parte.¹⁶⁵

260. *Potest autem quisque etiam res singulas per fideicommissum relinquere, veluti fundum hominem vestem argentum pecuniam, et vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis a legatario legari non possit.*

Pero cada uno puede dejar también cosas singulares por fideicomiso, por ejemplo: un fundo, un hombre, un vestido, plata, dinero, y rogar al mismo heredero que lo entregue a alguna persona, o bien a un legatario, si bien no pueda imponerse un legado a un legatario.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Mismo contenido en Inst. 2.23.6.

¹⁶⁵ Confrontar Inst. 2.23.8.

¹⁶⁶ Mismo contenido en Inst. 2.24.pr.

261. *Item potest non solum propria testatoris res per fideicommissum relinquere, sed etiam heredis aut legatarii aut cuiuslibet alterius. Itaque et legatarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quae ei legata sit, sed etiam de alia, sive ipsius legatarii sive aliena sit. Sed hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur aliis restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est, inutiliter relinquitur.*

Del mismo modo puede ser dejada por fideicomiso no sólo una cosa propia del testador, sino también del heredero o bien del legatario o bien de cualquier otro; por esto también el legatario no sólo puede ser rogado que entregue a alguno aquella cosa que le ha sido legada, sino también otra, que sea o bien del mismo legatario o bien ajena; pero esto solamente debe observarse que ninguno sea rogado a entregar a otro más que lo que el mismo haya recibido con base en el testamento; en efecto, lo que es de más, inútilmente es dejado.¹⁶⁷

262. *Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere et praestare, aut aestimationem eius solvere, sicut iuris est, si per damnationem aliena res legata sit. Sunt tamen qui putant, si rem per fideicommissum relictam dominus non vendat, extinguí fideicommissum; sed aliam esse causam per damnationem legati.*

Pero cuando una cosa ajena es dejada por fideicomiso, es necesario al que fue rogado, o bien obtener y dar la misma cosa, o bien pagar su estimación, así como es el derecho, si haya sido legada una cosa ajena per damnationem; sin embargo, existen quienes piensan que si la cosa dejada por fideicomiso no la vendiera el dueño, se extingue el fideicomiso y que diferente es la situación del legado per damnationem.¹⁶⁸

263. *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut vel heres rogetur manumittere vel legatarius.*

También la libertad a un esclavo puede ser dada por fideicomiso de modo que el heredero sea rogado a manumitirlo o bien el legatario.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Mismo contenido en Inst. 2.24.1.

¹⁶⁸ Confrontar Inst. 2.24.1.

¹⁶⁹ Mismo contenido en Inst. 2.24.2.

264. *Nec interest, utrum de suo proprio*¹⁷⁰ *servo testator roget an de eo, qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit.*

No importa si el testador ruegue de su propio esclavo, o bien de aquel que sea del mismo heredero o bien del legatario o bien también de un extraño.¹⁷¹

265. *Itaque et alienus servus redimi et manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, sane extinguatur fideicommissaria libertas, quia hoc casu pretii computatio nulla intervenit.*

Por esto el esclavo ajeno debe ser obtenido y manumitido. Que si el dueño no lo venda, ciertamente se extingue la libertad fideicomisaria, porque en este caso no interviene ningún cálculo del precio.¹⁷²

266. *Qui autem ex fideicommisso manumittitur, non testatoris fit libertus, etiamsi testatoris servus fuerit, sed eius qui manumittit.*

Pero el que es manumitido por un fideicomiso no se hace liberto del testador aunque haya sido esclavo del testador, sino de quien lo manumite.¹⁷³

267. *At qui directo testamento liber esse iubetur, veluti hoc modo: STICHUS SERVUS ((MEUS)) LIBER ESTO, vel hoc: STICHUM SERVUM MEUM LIBERUM ESSE IUBEO, is ipsius testatoris fit libertus. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris ex iure Quiritium fuerit, et quo faceret testamentum et quo moreretur.*

Pero quien se ordena que sea libre en un testamento directo, por ejemplo en este modo: ESTICO, ESCLAVO MÍO SEA LIBRE, o bien en este: ESTICO ESCLAVO MÍO ORDENO QUE SEA LIBRE, aquel se hace liberto del mismo testador. Ningún otro puede conseguir la libertad con base en un testamento directo que el que en dos momentos haya sido del testador con base en el derecho de los Quirites, tanto en el que hiciese testamento como también en el que haya muerto.¹⁷⁴

¹⁷⁰ Integrado con base en Inst. 2.24.2.

¹⁷¹ Mismo contenido en Inst. 2.24.2.

¹⁷² Confrontar Inst. 2.24.2; sobre tal aspecto Manuel Amaya Calero, "La compraventa de los esclavos manumitidos en un fideicomiso de libertad", *BIDR*, v. 90 (1987), pp. 191 a 220.

¹⁷³ Mismo contenido en Inst. 2.24.2.

¹⁷⁴ Mismo contenido en Inst. 2.24.2.

268. *Multum autem differunt ea, quae per fideicommissum relinquuntur, ab his, quae directo iure legantur.*

Pero mucho se diferencian las cosas que son dejadas por fideicomiso, de aquellas que son legadas por derecho directo.

269. *Nam ecce per fideicommissum (etiam ab herede) heredis relinqui potest; cum alioquin legatum (ita relictum) inutile sit.*¹⁷⁵

En efecto puede ser dejado por fideicomiso también a cargo del heredero del heredero, mientras que diferentemente el legado dejado así es inútil.

270. *Item intestatus moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent, fideicommissum alicui relinquere; cum alioquin ab eo legari non possit.*

Del mismo modo el que morirá intestado puede a cargo de él, a quien pertenecen sus bienes, dejar un fideicomiso a favor de alguno, mientras que diferentemente no puede imponerle un legado.

270a. *(Item legatum codicillis*¹⁷⁶*) relictum non aliter valet, quam si a testatore confirmati fuerint, id est nisi in testamento caverit testator, ut quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit; fideicommissum vero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest.*

Del mismo modo el legado dejado en codicilos no vale en otro modo que si hayan sido confirmados por el testador, esto es, a menos que no haya dispuesto el testador en el testamento que cada cosa que haya escrito en el codicilio tenga valor; pero puede dejarse un fideicomiso también en codicilos no confirmados.¹⁷⁷

271. *Item a legatario legari non potest; sed fideicommissum relinqui potest. Quin etiam ab eo quoque, cui per fideicommissum relinquimus, rursus alii per fideicommissum relinquere possumus.*

Del mismo modo no puede imponerse un legado a un legatario, pero puede ser dejado un fideicomiso; y además también a cargo de

¹⁷⁵ Integrado por Krueger.

¹⁷⁶ Integrado con base en *Gai Epit.* 2.7.8.

¹⁷⁷ Al respecto ver: Mariano Scarlata Fazio, *La successione codicillare* (Milano, Giuffrè, 1939), pp. 9 a 219; Antonino Metro, *Studi sui codicilli*, (Milano, Giuffrè, 1979), v. 1, pp. 1 a 104; recensión de G. Negri en *Iura, RIDA* (1979), v. 30, pp. 129 a 140.

aquel al que dejamos por un fideicomiso podemos dejar inmediatamente un fideicomiso a favor de otro.

272. *Item servo alieno directo libertas dari non potest; sed per fideicommissum potest.*

Del mismo modo no puede darse la libertad directamente al esclavo ajeno; pero puede darse por fideicomiso.

273. *Item codicillis nemo heres institui potest neque exheredari, quamvis testamento confirmati sint; at is, qui testamento heres institutus est, potest codicillis rogari, ut eam hereditatem alii totam vel ex parte restituat, quamvis testamento codicilli confirmati non sint.*

Del mismo modo nadie puede ser instituido heredero ni desheredado por codicilos por cuanto hayan sido confirmados en el testamento, pero el que ha sido instituido heredero en el testamento puede ser rogado en codicilos para que diera aquella herencia a otro, toda o bien en una parte, aunque no hayan sido confirmados en el testamento los codicilos.

274. *Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest.*

Del mismo modo la mujer que por quien fue censado en cien mil ases, no puede ser instituida heredera por la ley Voconia, sin embargo puede recibir la herencia dejada a ella por un fideicomiso.

275. *Latini quoque, qui hereditates legataque directo iure lege Iunia capere prohibentur, ex fideicommisso capere possunt.*

También los latinos a los que con base en el derecho les es prohibido por la ley Iunia recibir herencias y legados directamente, pueden recibirlos por fideicomiso.

276. *Item cum senatusconsulto prohibitum sit proprium servum minorem annis XXX liberum et heredem instituere, plerisque placet posse nos iubere liberum esse, cum annorum XXX erit, et rogare, ut tunc illi restituatur hereditas.*

Del mismo modo aunque haya sido prohibido por un senadoconsulto instituir libre y heredero al propio esclavo menor de treinta años, la

mayor parte (de los juristas) decide que podemos ordenar que sea libre cuando tendrá treinta años y rogar, que entonces a aquel sea entregada la herencia.

277. *Item quamvis non ((possimus)) post mortem eius, qui nobis heres extiterit, alium in locum eius heredem instituere, tamen possumus eum rogare, ut cum morietur alii eam hereditatem totam vel ex parte restituat. Et quia post mortem quoque heredis fideicommissum dari potest, idem efficere possumus et si ita scripserimus: CUM TITIVS HERES MEVS MORTUUS ERIT, VOLO HEREDITATEM MEAM AD P. MAEVIUM PERTINERE. Utroque autem modo, tam hoc quam illo, Titius heredem suum obligatum relinquit de fideicommisso restituendo.*

Del mismo modo si bien no podemos después de la muerte del que nos haya subsistido como heredero instituir otro heredero en su lugar; sin embargo, podemos rogar a éste, que cuando muera entregue a otro toda o bien una parte de la herencia. Y porque también después de la muerte del heredero puede ser dado un fideicomiso, lo mismo podemos hacer también si hayamos escrito así: CUANDO TICIO MI HEREDERO HABRÁ MUERTO, QUIERO QUE MI HERENCIA PERTENEZCA A P. MEVIO; pero en un modo u otro, tanto en éste como en el otro, Ticio deja obligado a su heredero a entregar el fideicomiso.

278. *Praeterea legata ((per)) formulam petimus; fideicommissa vero Romae quidem apud consulem vel apud eum praetorem, qui praecipue de fideicommissis ius dicit, persequimur, in provinciis vero apud praesidem provinciae.*

Además pedimos los legados por fórmula, pero ciertamente perseguimos los fideicomisos en Roma frente al cónsul o bien frente a aquel pretor, que particularmente dice el derecho de los fideicomisos, mientras que en las provincias los perseguimos frente al gobernador de la provincia.¹⁷⁸

279. *Item de fideicommissis semper in urbe ius dicitur; de legatis vero, cum res aguntur.*

¹⁷⁸ Sobre tal aspecto Robert Roehle, "Praetor Fideicommissarius", RIDA, v. 15 (1968), pp. 399 a 428.

Igualmente en la urbe siempre se dice el derecho de los fideicomisos; mientras que aquel de los legados (sólo) cuando se tratan las causas.

280. *Item fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit qui fideicommissum debebit; legatorum vero usurae non debentur: idque rescripto divi Hadriani significatur. Scio tamen Iuliano placuisse in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse quod in fideicommissis: quam sententiam et his temporibus magis optinere video.*

Igualmente son debidos los intereses y frutos de los fideicomisos si solamente haya actuado la mora del pago el que deberá el fideicomiso; mientras que no son debidos los intereses de los legados, y esto es indicado en un rescripto del divino Adriano; sin embargo, sé que Juliano decidió que en aquel legado, que es dejado *sinendi modo*, es el mismo derecho que en los fideicomisos, y veo que esta decisión prevalece mayormente también en estos tiempos.

281. *Item legata Graece scripta non valent; fideicommissi vero valent.*

Igualmente no valen los legados escritos en griego, pero valen los fideicomisos.

282. *Item si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur; fideicommissi vero nomine semper in simplum persecutio est.*

Igualmente si el heredero niegue un legado dejado *per damnationem* se ejercita la acción en contra de él por el doble; pero a título de fideicomiso siempre la persecución es por el simple.

283. *Item ((quod)) quisque ex fideicommisso plus debito per errorem solverit, repetere potest; at id quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. Idem scilicet iuris est de eo legato, quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit.*

Igualmente lo que alguno con base en un fideicomiso haya pagado por error más de lo debido puede repetirlo; pero aquello que por una causa falsa de un legado *per damnationem* haya sido pagado de más que la deuda, no puede ser repetido. Ciertamente el mismo derecho

es de aquel legado, que no debido haya sido pagado por error o bien por esta o bien por aquella causa.

284. *Erant etiam aliae differentiae, quae nunc non sunt.*

También existían otras diferencias que actualmente no existen.

285. *Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere; et fere haec fuit origo fideicommissorum. Sed postea id prohibitum est; et nunc ex oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur.*

Así por ejemplo los peregrinos podían recibir fideicomisos, y este casi fue el origen de los fideicomisos; pero posteriormente esto fue prohibido, y actualmente con base en una oración del divino Adriano fue hecho un senadoconsulto que aquellos fideicomisos serían vindicados al fisco.¹⁷⁹

286. *Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse.*

También los célibes que por la ley Julia son prohibidos recibir herencias y legados, en un tiempo resultaban que podían recibir fideicomisos.

286a. *Item orbi, qui per legem Papiam ob id quod liberos non habebant dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Sed postea senatusconsulto Pegasiano proinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt; eaque translata sunt ad eos, qui ((in eo)) testamento liberos habent, aut si nulli liberos habebunt, ad populum, sicut iuris est in legatis et in hereditatibus, quae eadem aut simili ex causa caduca fiunt.*

Igualmente los *orbi*, que por la ley Papia a causa del hecho que no tenían descendientes pierden la mitad de las herencias y legados, en un tiempo resultaban que podían recibir la totalidad de los fideicomisos; pero posteriormente por el senadoconsulto Pegasiano les fue prohibido recibir los fideicomisos del mismo modo que los legados

¹⁷⁹ Ver sobre el presente tema Alan Watson, "The early history of fideicommissum", *Index*, v. I (1970), pp. 178 a 183.

y herencias, y éstos fueron transmitidos a los que en aquel testamento tienen descendientes, o bien si nadie tendrá descendiente, al pueblo, así como es el derecho en los legados y en las herencias, que por la misma causa o bien por una similar se hacen caducos.

287. *Item olim incertae personae vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui neque legari ei posset; sed senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis quod in legatis hereditatibusque constitutum est.*

Igualmente en un tiempo podía ser dejado por fideicomiso a una persona incierta o bien al póstumo ajeno aunque no pudiera ser instituido heredero ni legarse a él; pero por un senadoconsulto que fue hecho con base en la autoridad del divino Adriano fue establecido en los fideicomisos lo mismo que en los legados y en las herencias.

288. *Item poenae nomine iam non dubitatur nec per fideicommissum quidem relinque posse.*

Igualmente no se duda ya que a título de pena ciertamente ni por fideicomiso puede ser dejado.

289. *Sed quamvis in multis iuris partibus longe latior causa sit fideicommissorum quam eorum quae directo relinquuntur, in quibusdam tantumdem valeant, tamen tutor non aliter testamento dari potest quam directo, veluti hoc modo: LIBERIS MEIS TITIUS TUTOR ESTO, vel ita: LIBERIS MEIS TITIVM TUTOREM DO; per fideicommissum dari vero non potest.*

Pero si bien en muchas partes del derecho más amplia es la situación de los fideicomisos que de las cosas que son dejadas directamente, y en algunas partes vale lo mismo, sin embargo el tutor no puede ser dado en el testamento de otro modo que directamente, por ejemplo así: TICIO SERÁ TUTOR DE MIS DESCENDIENTES; o bien así: DOY TICIO COMO TUTOR DE MIS DESCENDIENTES, pero por fideicomiso no puede ser dado.