

TRATADO ELEMENTAL
DE
DERECHO ROMANO

EUGÈNE PETIT

PROFESOR DE DERECHO ROMANO EN LA UNIVERSIDAD DE POITIERS

TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO

CONTIENE

*EL DESARROLLO HISTÓRICO Y LA EXPOSICIÓN GENERAL
DE LOS PRINCIPIOS DE LA LEGISLACIÓN ROMANA DESDE
EL ORIGEN DE ROMA HASTA EL EMPERADOR JUSTINIANO*

TRADUCIDO DE LA NOVENA EDICIÓN FRANCESA
Y AUMENTADO CON NOTAS ORIGINALES, MUY AMPLIAS

POR

D. JOSÉ FERRÁNDEZ GONZÁLEZ

DOCTOR EN DERECHO Y CATEDRÁTICO DE DERECHO ROMANO
EN LA UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

CON UN PRÓLOGO DEL

DR. DON JOSÉ MA. RIZZI

CATEDRÁTICO DE DERECHO ROMANO EN LAS UNIVERSIDADES
DE BUENOS AIRES Y DE LA PLATA

23ª edición



EDITORIAL PORRÚA
AV. REPÚBLICA ARGENTINA 15
MÉXICO, 2007

Primera edición en francés, 1892
Primera edición en español, Buenos Aires, 1910
Primera edición en Editorial Porrúa, SA de CV, 1984

Copyright © 2007

Esta edición y sus características son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, SA de CV 2
Av. República Argentina 15 altos, col. Centro, 06020, México, DF

Queda hecho el depósito que marca la ley

Derechos reservados

ISBN13 978-970-07-7496-1

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

PRÓLOGO

A LA EDICIÓN ESPAÑOLA

ESTE libro de texto ha tenido entre sus similares una rara fortuna, como lo cohonestan sus múltiples ediciones en un breve período. Su adopción en nuestra Facultad de Derecho es coetánea de una mudanza radical en los programas de enseñanza del Derecho Romano. Este curso, que se limitaba a explicar el derecho en la época de Justiniano, esto es, terminado el período de su evolución, encarado de golpe en sus formas perfectas (de ahí el nombre de «Curso de Institutas», «Curso de Pandectas», que ostentaban los clásicos manuales), se estudió luego como un derecho histórico, siguiéndole en las varias fases de su desarrollo, en un período trece veces secular, en que las más variadas civilizaciones se mezclaron y colaboraron armónicamente para que el derecho de Roma, en sus comienzos estrecho y excluyente, adquiriera luego el vigor de un derecho universal, cuyos efectos aun duran y perdurarán, no cabe duda, en el derecho de las civilizaciones modernas.

Es verdad que después de la redacción del actual Código Civil Alemán, el Derecho Romano desapareció como legislación vigente; no es, con todo, un derecho muerto; trocóse sencillamente en un derecho histórico, consagrado por los tiempos, que permanece como fuente del derecho actual. En este mismo código precitado, cuyas alabanzas entonan los modernos civilistas, librada la batalla entre el «Pandentenrecht» y el «Deutsches Privatrecht», no está probado que este último triunfara en la contienda (1). Y porque es un derecho histórico requiere ser estudiado con un criterio histórico antes que dogmático. Es lo que aconteció en Francia después de la codificación de 1804, cuando el estudio exegetico de las compilaciones de Justiniano se convirtió paulatinamente, sin reforma oficial, por la sola iniciativa de los profesores, en un curso de historia de la legislación romana (2).

Pero esta nueva metodología, antes que debilitar, vigorizó el estudio del derecho romano. La propia literatura jurídica moderna pareció colaborar en esta feliz iniciativa de rejuvenecer las instituciones de Roma, aplicándoles el espíritu crítico y sagaz de los nuevos tiempos y mediante el aporte de abundantísimo material de estudio que hizo posible una más grande penetración y hondo conocimiento de las pasadas civilizaciones. Y estas experiencias del pasado, contempladas a la

(1) Léase en Lambert, *Fonction du Droit Civil comparé*, los ataques de los germanistas contra la influencia persistente del derecho romano en el nuevo Código, a despecho de toda consideración nacionalista. Pág. 89 y siguientes.

(2) El mismo autor. Op. et loc. cit.

luz de la ciencia moderna, serán, a la vez que mejor comprendidas, eficacísimas para sustentar las nuevas construcciones del derecho.

Así lo comprendió el genio luminoso de Rodolfo Ihering cuando, en la «Introducción» de su *Historia del desenvolvimiento del Derecho Romano*, señalaba el método que habría de renovar los estudios históricos. Y porque este opúsculo, que dejó truncado la muerte de su autor, es menos leído que otras acabadas y clásicas producciones suyas, yo quiero recordar aquí algunas de sus ideas fundamentales.

La ciencia histórica—nos dice—permanecería estacionaria si los historiadores no se sucedieran los unos a los otros, aportando sin cesar nuevas concepciones.

«Pero ella progresa. La historia romana se presenta en nuestros días con una fisonomía diferente de aquella del último siglo; la Revolución francesa se comprende ahora de manera muy distinta de como se entendía hace cincuenta años. La razón está en que nuevas fuentes fueron descubiertas y, además, porque el pensamiento ha experimentado una evolución. Cada época tiene una concepción diferente, y el pasado toma, por tal manera, una fisonomía siempre nueva... En el curso universal de las cosas, la luz de lo nuevo se refleja sobre el pasado. Tan sólo hoy día comprendemos muchas cosas que pertenecen a una antigüedad envuelta en la mortaja de los siglos desaparecidos» (1).

En las nuevas fuentes descubiertas y, sobre todo, en la evolución del pensamiento fía Ihering el progreso de las ciencias históricas. Pero así como el presente se refleja sobre el pasado, éste vierte su claridad en el sendero por donde ascienden las civilizaciones modernas. Una última conquista de la ciencia: el hallazgo siempre creciente de los papiros del Egipto romano es fuente inagotable de renovadas enseñanzas en el campo del derecho. Instituciones loadas por nuevas en la doctrina, y que luchan por imponerse en la codificación de los pueblos más adelantados, aparecen constituidas en las ruinas venerables de épocas pretéritas (2).

Estas instituciones resurgen a la vida por obra de los hombres doctos que confunden, en un mismo sentimiento, su fervor por la ciencia nueva y el amor de las cosas pasadas; de otro modo, sin una vasta preparación para acercarse a ellas y comprenderlas, permanecerían mudas e incommunicables.

Esta virtud renovadora alcanzó al Derecho Romano en muchas de sus instituciones; para remozar algunas que parecían gastadas, bastó que se volviera a las fuentes del derecho romano, no contaminadas por la obra de glosadores e intérpretes, que se apartaron de ellas y fundaron caprichosas doctrinas.

Excedería los límites de este prólogo el abundar en las pruebas de mi aserto; pero ha de bastar para convencer un ejemplo que bien pudiera considerarse clásico.

Raimundo Saleilles, profesor que fué de la Universidad de París y uno de sus últimos grandes maestros, ha renovado el estudio de la personalidad jurídica, abrevándose en las fuentes originales del derecho romano. Profundo conocedor de este derecho, si bien modestamente declara que no es romanista de profesión, explora la historia de aquellos institutos para mostrarlos como fueron y como deben ser: no ficciones, sino realidades jurídicas capaces de ser sujetos de derecho y del

(1) Op. cit., trad. de Meleunne, pág. 2.

(2) Léase en Eduardo Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, págs. 229 y 270, y en Marcos Mólica, *Papirología Jurídica*, págs. 122, 129 y siguientes, acerca de la forma de transmisión de la propiedad en el Egipto romano mediante la simple inscripción en los registros públicos. Véase también R. Dareste, *Nouvelles études d'histoire de droit*, capítulo IX, «Les papyrus égyptiens de l'époque romaine», *passim*.

mismo modo que el propio individuo. Y he aquí cómo sintetiza este autor, que vivifica la sabiduría clásica con alerta espíritu moderno, el gran beneficio que en esta materia se debe al derecho romano: «Él ha aclimatado—nos dice—en el mundo la idea de que todos los organismos constituidos para funcionar en el terreno del derecho eran realidades jurídicas, capaces de ser sujetos de derecho como el mismo individuo. Y sin pretender plegar todos estos organismos dentro de un mismo molde constructivo, admitió toda la diversidad de constituciones que presentaba el mundo de los hechos y de las realidades, desde la personalidad puramente corporativa de la asociación, hasta la personalidad de pura afectación de las fundaciones. Han sido los hechos los que han adaptado el derecho a su medida, lejos de pensar que el derecho, a la manera de un lecho de Procuro, los haya reducido a la abstracción de sus sistemas. *Estamos en plena corriente de vida*, y el derecho acepta las creaciones sucesivas» (1).

Me detengo en este único ejemplo que he escogido para fundar mis razones; pero yo no sé que haya una sola obra de la literatura jurídica moderna que pudiera citarse en contrario. El propio estudio del mismo autor acerca de la «Posesión»; el erudito tratado sobre igual asunto de Jorge Cornil, obra modernísima y juzgada como clásica; las «Pandectas» de Winscheid realizadas por las notas de sus doctos traductores italianos; las propias de Dernburg; las de todos los pandectistas alemanes, magníficos en número y en doctrina, prepararon la levadura con que se amasan las nuevas construcciones jurídicas.

A los textos del aula llegó la savia renovadora. Verdaderos maestros en esta rama de los estudios docentes en las grandes Universidades europeas escribieron para sus alumnos manuales que compendian en forma clara y sencilla, por veces sugerente, lo más selecto de su doctrina. A este género pertenecen el manual de Federico Girard, profesor de la Universidad de París, texto traducido a varias lenguas europeas, y el de Eduardo Cuq, profesor en la misma Universidad, que han puesto al alcance de la juventud estudiosa el resultado de las últimas investigaciones de la ciencia romanista. Este último, en edición reciente, abandonando el método que antes adoptara, de estudiar la historia de las instituciones jurídicas de Roma en cada uno de los tres períodos del derecho: antiguo, clásico y del Bajo Imperio, ha preferido exponer el desarrollo de cada una de las instituciones, sin solución de continuidad, al través de cada uno de esos tres períodos, poniendo ante los ojos del estudiante el cuadro por entero. De menos volumen es el manual de Jorge Cornil—profesor en la Universidad de Bruselas—, en cuya arquitectura adoptara la primera manera de Cuq; obra de líneas clásicas, que su autor ha querido encerrar en los límites de un «aperçu historique sommaire», pero de los que desborda a veces un rico caudal de hechos y de ideas que abren nuevos horizontes a la meditación y el estudio. No pretendo agotar la lista de todos los manuales modernos conocidos y usados en las escuelas de derecho de Europa y de América; no quiero, con todo, dejar de mencionar algunos de ellos, como el de Rodolfo Sohm, profesor de la Universidad de Leipzig, modelo de claridad y de sana doctrina, pero que peca, conviene decirlo, en su descuidada traducción española. Así también he de enunciar los múltiples textos aparecidos en Italia durante estos últimos tiempos, todos ellos encauzados en la corriente moderna, de maestros que han dado al estudio de un derecho clásico en su tierra los frutos más jugosos de su honda erudición y de su claro talento.

Los manuales de Contardo Ferrini, de Pedro Bonfante, de Juan

(1) *La personnalité juridique*, pág. 159.

Pacchioni, de Silvio Perozzi, de Emilio Costa, de Victorio Scialoja, tienen para nosotros el atractivo de estar escritos en una lengua tan cercana de la nuestra, que sólo rara vez se creyó oportuno presentarlos en una traducción española, como aconteció con el manual de don Felipe Serafini, traducido y con referencias al derecho español por el doctor Juan de Dios Trías.

De estos manuales, quizá ninguno se ha difundido tanto en las escuelas de América como el manual de Eugenio Petit, cuya traducción española, confiada a un distinguido profesor de la Universidad de Valladolid, aparece ahora esmeradamente editada por la importante Casa Editorial Saturnino Calleja, S. A., que tantas obras de valía nacionales y extranjeras ha incorporado al acervo, ya rico, de la moderna bibliografía de España.

Este texto difícilmente podría ser superado en el mérito de adaptarse perfectamente a la enseñanza del Derecho Romano, en el lugar que de antiguo le asignaron todas las escuelas de derecho, esto es, en los primeros años del plan de estudios.

El propio autor, en las primeras ediciones de esta obra, manifestaba su propósito de escribir para los estudiantes que prepararan su licenciatura, una exposición metódica y suficientemente desarrollada de los principios generales de la legislación romana, contemplada sobre todo en sus sucesivas transformaciones, e indicaba como rasgos característicos de este tratado, la sobriedad y claridad en la exposición. Estos propósitos fueron cumplidos en todas sus partes, sin mengua de una discreta erudición, cuando la importancia de la materia lo requiere, y que muestra en nuestro autor la solidez de su doctrina.

De menos extensión que otros trabajos que gozan justamente de renombre, contiene éste, en su sobriedad, riqueza de material como los mejores; aventaja a los demás en cuanto puede satisfacer las exigencias de todo programa de estudios, porque no deja en la sombra ningún punto de importancia; si la propia índole de la obra aconseja a su autor que sea parco y evite tratar de intrincados problemas inaccesibles a los principiantes, mediante llamadas a los textos originales y citas diestramente escogidas, estimula, enciende la pasión del estudioso para más serias investigaciones.

Bien venida sea, pues, esta traducción: ella facilitará a los estudiantes de España y de América un claro y ordenado conocimiento de la historia de las instituciones jurídicas de la Roma clásica.

A pesar de la divulgación de la lengua francesa en el mundo entero, creándose cátedras para su enseñanza en los propios Institutos, que preparan el ingreso a los estudios universitarios, conviene considerar que los textos científicos redactados en lengua extranjera presentan a la mayoría de los estudiantes serias dificultades para su buena inteligencia, que frecuentemente les es necesario desentrañar de giros idiomáticos a los que no están avezados. Y porque la traducción no es simple traslación idiomática, sino una fiel interpretación del texto, tan sólo un maestro en el asunto puede abordar con eficacia esta, por veces, espinosa tarea. En ella sobresalen los profesores universitarios de Italia, cuyas traducciones, especialmente del alemán, son verdaderas obras maestras, enriquecidas algunas por copiosísimas notas, y de las que son claro ejemplo las «Pandectas» de Winscheid, en las que colaboraron los mejores romanistas. Igual elogio puede tributarse a la traducción del «Sistema del Derecho Romano actual», de Federico Carlos de Savigny, emprendida por Victorio Scialoja, profesor de Derecho Romano en la Universidad de Roma, y tantas otras que fueron vehículo de intensísimo intercambio espiritual. En el prefacio de dicha traducción escribe su autor esta advertencia, que convendría tuvieran presente

cuantos intentan trabajos semejantes. «Es necesario—dice—que quien lea la versión de un libro científico encuentre en ella todo cuanto habría de encontrar en el original: ninguna cosa de menos y ninguna de más.» El traductor debe permanecer enteramente fiel al pensamiento del autor, sin descuidar un solo matiz, esmerándose en exponer con claridad cuanto en el original está claramente expresado; trasladar, asimismo, cuando se insinúa en la frase, una sombra de vacilación o de duda.

Por estas razones merece una buena y confiada acogida esta versión de un maestro de Derecho Romano. Haya asimismo plácemes para los editores que han puesto en tan hábiles manos la realización de su obra de cultura. Hay que confesar que no todas las traducciones españolas de obras científicas fueron, hasta ahora, objeto de tan loable diligencia.

Termino formulando un voto: Pueda este libro avivar en el corazón de la juventud de España y de Hispanoamérica el amor por el estudio del derecho romano, el más fuerte eslabón de nuestra cultura latina.

DR. JOSÉ M. RIZZI

Catedrático de Derecho Romano en las Universidades
de Buenos Aires y de La Plata.

Buenos Aires, 12 de noviembre de 1924.

P R E F A C I O

ESTA novena edición de una obra, impresa por primera vez en 1892, no tiene apenas necesidad de ser presentada a aquellos para los que ha sido hecha, es decir, a los estudiantes que buscan, para preparar la licenciatura y el doctorado, una exposición metódica y suficientemente completa del derecho romano. Conviene, sin embargo, hacer observar que ha sido revisada en todas sus partes con el mayor cuidado y aumentada en algunas páginas. Un estudio atento de los textos nos ha conducido, en efecto, a retocar ciertas teorías y a completar otras. Nos hubiera sido fácil ir más lejos en este camino y profundizar ciertas cuestiones solamente tratadas de modo somero. Pero nosotros hemos querido, sobre todo, conservar en nuestro tratado, con sus dimensiones relativamente restringidas, las cualidades de concisión y claridad que hasta el presente le han asegurado el éxito, y que nosotros esperamos serán todavía apreciadas en la actual edición.

EUGÈNE PETIT.

TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO

INTRODUCCIÓN

§ 1.—Del Derecho en general.

1. El hombre está dotado de una voluntad libre que le permite desenvolver sus facultades naturales. Pero, en sociedad, esta libertad está forzosamente limitada por el respeto de la libertad de otros. De aquí deriva la necesidad de reglas que garanticen a cada miembro del cuerpo social, con una medida igual, el ejercicio de su actividad. La teoría de estos principios constituye el *derecho*, en su acepción más extensa. La palabra *derecho* se deriva, en efecto, de *dirigere*, e implica una regla de conducta. De este modo considerado, el derecho es el *conjunto* de reglas que rigen las relaciones sociales (1).

¿Cómo pueden determinarse estas reglas? El hombre civilizado encuentra en su conciencia y en su razón la noción de lo *justo* y de lo *injusto*. Puede, por tanto, concebir la existencia de un derecho ideal, cuyos principios todos estarían conformes con la idea de lo justo. Éste es el derecho en su esencia, el derecho en sí. Se le llama también *derecho natural*. Esta expresión no está a cubierto de la crítica, porque el hombre, en el estado de naturaleza, no tiene sino una concepción muy imperfecta de lo justo; solamente en una civilización bastante adelan-

1. (1) N. del T. — El concepto que del Derecho formula el autor es el clásico, en el llamado sentido objetivo, que hace tiempo viene expresándose al decir que el Derecho es conjunto de normas jurídicas. Pero sabido es que esta mal llamada definición, puesto que con más razón se la considera como una simple descripción, no atiene a la verdadera esencia del concepto. Para saber lo que el Derecho sea, es absolutamente necesario determinar lo que hace que una regla o norma sea Derecho, y no una prescripción de la moral, de la cortesía, o una conminación arbitraria; fijar qué es lo que constituye el carácter jurídico de una norma o regla.

Hoy, siguiendo las orientaciones filosófico-jurídicas trazadas por Rodolfo Stammier para encontrar el verdadero concepto del Derecho, hay que desentrañar las notas lógicas, fijas y permanentes que le delimitan en medio del cúmulo de reglas que rigen y gobiernan la vida social. Para ello, abandonando el método que se ha llamado *inductivo*, y utilizándolo exclusivamente en la investigación el denominado *crítico*, puede llegarse con seguridad a dicho concepto.

Las notas lógicas son, en primer término, siempre y necesariamente, *voluntad*, porque el Derecho es algo específicamente humano, obra racional, y como tal, producto de la voluntad y perteneciente al imperio de los fines. En segundo lugar, la *vinculatividad* es otra nota lógica que informa el concepto del Derecho, porque este sólo se puede dar en la vida social, es voluntad de relación, voluntad social o *vinculativa*, porque liga, vin-

tada es cuando la idea de lo justo se desprende más claramente. Pero, sea cual fuere el nombre que se le dé, este derecho, que no se manifiesta por signos materiales, sería insuficiente para gobernar las relaciones sociales. Se necesitan reglas precisas, formuladas en textos. A la autoridad, a la cual los hombres han investido de este poder, pertenece el publicar en forma de edictos estas reglas, que constituyen las *leyes*. El conjunto de las leyes forma el *derecho positivo*, que, a diferencia del derecho natural, se ha hecho sensible por monumentos exteriores. El derecho, considerado como derecho positivo, puede, por consiguiente, definirse: *el conjunto de reglas cuya observancia está prescrita y sancionada en los distintos pueblos*. El derecho positivo es esencialmente variable. Un interés mal entendido, necesidades pasajeras, retardan con frecuencia su progreso. Y se necesitan siglos para que las instituciones jurídicas se perfeccionen y para que el espíritu humano, habiendo llegado a las concepciones más o menos perfecta de un derecho ideal, se esfuerce por realizarla en forma de leyes.

2.—De esta primera idea del derecho puede deducirse otra significación derivada. Dentro de los límites donde el hombre puede obrar, sin producir menoscabo a la libertad de otros y sin perturbar el orden social, el ejercicio de sus facultades constituye para él un conjunto de *derechos* cuyo respeto debe asegurar la ley. Entre estos derechos, unos son de orden político y consisten en la participación de los ciudadanos en el gobierno y en la administración del Estado; los otros son de orden privado: tales son los derechos de familia, los derechos reales, los derechos de crédito. (V. núms. 144 y 145.)

cula y encadena entre sí los fines perseguidos por diferentes individuos. También es otra nota lógica la *autarquía*, puesto que las normas del Derecho obligan por propia virtud, es el Derecho mismo el que dispone a quién ha de obligar y en qué medida, y sus dictados obligan permanentemente en tanto no se desvirtúan por derogación o desuso. Y, por último, se dice, siguiendo al maestro alemán antes citado, que la última nota para completar y precisar el concepto de Derecho es la *inviolabilidad*, que distingue al Derecho del poder arbitrario, y que reside en la fuerza formal atribuida al imperativo por quien dicta la norma o regla con carácter permanente para la regulación del caso previsto y de cuantos puedan surgir idénticos a él en la práctica.

Desde luego, hay que observar que los romanos, que exclusivamente se movieron dentro de las exigencias de la vida real y práctica, mirando el Derecho como un instrumento de aplicación, no se acomodaron al anterior modo de investigación. No obstante, es sabido que Roma llevó al más alto grado las garantías jurídicas de la vida social; que vió la necesidad de separar el *Derecho del poder arbitrario*, y que consideró que el primero, para que fuese tal Derecho, precisaba moverse siempre en el sentido de perfección de un más allá, de la equidad (*aequitas*); por ello puede reputarse como definición del Derecho no superada, en el sentido de aspiración ideal, la de Juventius Celsus, *ius est ars boni et aequi* (arte de lo bueno y equitativo), reproducida por Ulpiano en el Libro I de las Instituciones, y que consigna el Digesto, libro I, título I, fragmento 1.º, pr., y también la de Paulo, libro XIV, *ad Sabinum*, *quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur* (lo que es siempre equitativo y bueno), inserta en el Digesto, libro I, título I, fragmento 11; noción admirable del Derecho que se explica por las particularísimas circunstancias en que los romanos se encontraron, puesto que siendo ellos los que tenían que resolver las cuestiones de derecho que se les presentaban, acudían a la ley, y no existiendo precepto legal a veces, porque su legislación era muy pobre, la luz de la razón, sin embargo, les dictaba que no podía llamarse Derecho el fallo dado según capricho, y ansiosos de sentar una base sólida, común, general, creyeron encontrarla diciendo *quod semper bonum et aequum est, hoc ius est*, porque, en efecto, lo justo es inmutable, universal, de todos los tiempos, es bueno y es equitativo. Mas dicha definición, aun cuando revele el conocimiento de un Derecho universal común a todos, no es en rigor definición verdadera, porque los romanos no dijeron qué era lo que siempre es bueno y equitativo. Véase, sobre estas ideas, el trabajo del ilustrado Profesor W. Röces: «El concepto del Derecho» (y su distinción de la moral, de las normas convencionales y del poder arbitrario). «Una lección de cátedra», publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, tomo 144, núm. IV, abril, año 1924, Madrid, en cuyo trabajo se inspira la presente nota.

§ 2.—Del Derecho Romano.—Su utilidad.

3. El Derecho Romano es el conjunto de los principios de derecho que han regido la sociedad romana en las diversas épocas de su existencia, desde su origen hasta la muerte del emperador Justiniano.

Después de haber formado durante siglos la legislación de una gran parte de Francia, no es ya susceptible de aplicación después de la promulgación del Código Civil. Sin embargo, su estudio no ha cesado de constituir con justo título la base de toda educación jurídica verdaderamente digna de este nombre. Esto no es que se haya librado, sobre todo en estos últimos tiempos, de protestarse su utilidad. Para ciertas personas que no toman de las cosas más que el interés práctico e inmediato, este derecho, caduco y anticuado, no será más que un bagaje inútil, y, de renovarse, su enseñanza sería como un último resto de la escolástica de la Edad Media. Pero se ha dicho en su favor, frecuentemente con razón, que el derecho romano ha recibido siempre de los que le ignoran los más violentos ataques, mientras que los mejores espíritus no han cesado jamás de ser sus defensores ardientes y convencidos (1).

4.—Veamos así, pues, rápidamente por qué motivos el estudio de la legislación romana es todavía útil.

1. Ella tiene desde luego una *utilidad histórica*. Nuestro Derecho actual tiene, sobre todo, por orígenes: las costumbres y el Derecho Romano. Títulos enteros de nuestro Código Civil, especialmente la teoría de las obligaciones, han sido sacados de esta última fuente. Para comprender bien sus disposiciones, es, por consiguiente, esencial conocer las leyes antiguas de donde ellas nacen; éste es el medio más seguro de apoderarse de su verdadero espíritu y de apreciar su valor.

Pasó el tiempo en que nuestro Código Civil era considerado como la última palabra del derecho, y las dificultades prácticas que él hizo nacer, como objeto esencial de las preocupaciones del jurista. La enseñanza que se reducía al comentario árido de los textos y de la jurisprudencia pudo formar prácticas que aplicasen la ley, pero no jurisconsultos que supiesen el derecho. Pero, iluminado por la historia, el estudio de nuestras leyes se ensancha y se eleva; se descubren los lazos que las unen con el pasado, las causas de sus imperfecciones, y se está mejor preparado para asegurar su progreso.

2. El Derecho Romano debe ser estudiado como un *modelo*. En los monumentos que nosotros poseemos no se incluyen solamente leyes, sino también, y sobre todo, las aplicaciones que se hicieron por los jurisconsultos, todas las cuales se distinguen por una lógica notable y por una gran delicadeza de análisis y de deducción. Por tanto, no se encuentran ejemplos más perfectos de interpretación jurídica que ofrecer a los principiantes del estudio del derecho. Esta perfección no es nada que deba sorprendernos. Los romanos tuvieron, en efecto, una aptitud especial para el derecho, así como los griegos para la filosofía. Si se añade que el Imperio romano ha abarcado en su dominación todo

3. (1) N. del T.—Sin criticar el concepto y definición del autor acerca del Derecho Romano, juzgamos conveniente hacer notar, para mayor claridad, que no es sólo el derecho legislado por Roma el que debe estudiar el jurista, sino también el derecho vivo, el sentido y madurado en la conciencia jurídica de este pueblo, que es una parte importante del que en su seno elabora y concreta. No bastará, pues, conocer la legislación para tener cabal idea del sentido jurídico romano: será preciso penetrar en aquel derecho gestado en el pueblo mismo y manifestado espontánea y directamente por su conciencia social que forma la costumbre en sus varias y valiosas fuentes. Así se expresa Ihering, reconociendo la amplitud objetiva y doctrinal del Derecho Romano.

el universo civilizado, que sus jurisconsultos tenían los orígenes más diversos, se comprende fácilmente que este derecho es el resultado del trabajo del espíritu humano en lo que tiene de más culto. Por tanto, uno de nuestros antiguos autores, Cristóbal de Thou, ha podido llamarle justamente la *razón escrita*. Bajo semejante escuela, la inteligencia jurídica se forma y se desarrolla. El espíritu adquiere cualidades de precisión y de claridad que facilitan singularmente el estudio de las legislaciones modernas (1).

3. Desde otro punto de vista, el conocimiento del derecho romano es además, para este estudio, un poderoso auxiliar. En efecto, si se exceptúa Inglaterra, donde la ley común deriva de las costumbres locales y donde domina el elemento feudal, el Derecho Romano constituye el fondo de las principales legislaciones de Europa. De este modo es el Derecho alemán originado de la mezcla del derecho germánico y del Derecho Romano; España, que ha pedido prestadas sus leyes al derecho romano y al derecho canónico, e Italia, en que los redactores del Código Civil de 1865 se han inspirado, sobre todo, en las leyes romanas. Este es, por consiguiente, el lazo que une a la nuestra con las diversas legislaciones, y en gracia al cual puede ser posible que llegue un día en que por mutuas concesiones se realice la unidad ciertamente deseable del derecho internacional privado.

4. A estas consideraciones viene a añadirse otra de orden secundario, pero que tiene también su valor. El derecho es indispensable para comprender la historia y la literatura romanas. En Roma, más que en cualquiera otra parte, los ciudadanos estaban iniciados para la práctica del derecho: era éste el efecto de su inclinación natural y de su sistema de organización judicial. También el lenguaje de los historiadores y literatos de Roma está profundamente impregnado de dichas dos características, quedando muchos pasajes sin comprender por parte de quienes ignoren el Derecho Romano, de lo cual dan fe, desgraciadamente, las traducciones.

§ 3. — Noción, divisiones y fuentes del Derecho, según los jurisconsultos romanos.

5.—1. *Noción del Derecho*.—1. Durante los primeros siglos de Roma, el derecho está íntimamente unido y, por decirlo así, subordinado a la religión; pero no por eso conserva menos su dominio propio, y los romanos tuvieron expresiones diferentes para designar las instituciones que ellos consideraban como de origen divino y las que emanaban de los hombres. *Fas* es el derecho sagrado, *lex divina*; *jus* es la obra de la humanidad, *lex humana* (1). Esta distinción acaba, por otra parte, por debilitarse, y la palabra *jus* se aplica al derecho en toda su integridad (V. n.º 6, 1).

El *jus*, con arreglo a su misma etimología (2), no era desde luego

4. (1) N. del T.—Estos caracteres del Derecho Romano fueron también señalados por otros autores. Así, Carle, en su *Vida del Derecho*, tomo I, pág. 193 y siguientes, pudo afirmar que la legislación de Roma es una legislación de formas tan regulares y precisas, que bien puede compararse, como decía Leibnitz, por su exactitud, con los escritos de los matemáticos, y por su equidad, capaz de poderse acomodar a todas las gentes conquistadas por Roma, y debe ser considerada como una razón escrita.

5. (1) Isidoro, Orig. V, 2.—Servius, *Ad Georg.*, I, 269.

(2) *Jus*, como *jubere*, *jussus*, proviene de la raíz sánskrita *ju*, ligar.—Esta palabra tiene otros sentidos derivados. Así, expresa las utilidades, los derechos que la ley asegura a los particulares: *jus in re aliena*, derecho real. Designa también el tribunal de los magistrados: *vocatío in jus*.—Cf. Paul L. 11, D., de *Justit.*, I, 1.

para los romanos más que un conjunto de reglas fijadas por la autoridad, y a las cuales los ciudadanos estaban obligados a obedecer. Pero esta idea se ensancha hacia la mitad del siglo VII, bajo la influencia de la filosofía griega. Los jurisconsultos admiran, fuera de las prescripciones del legislador, la existencia de un derecho innato, anterior a las leyes escritas, y aplicable a todos los hombres.

Dentro de esta nueva concepción, no siempre evitaron el confundir el derecho con la moral. Esta confusión se revela en la definición del derecho que nos da Ulpiano según Celso: es *el arte de lo que es bueno y de lo que es equitativo* (3). La misión del legislador no es consagrar como reglas de derecho todo lo que es bueno. En él hay preceptos de moral que escapan a la sanción de la ley positiva: tales son los que más bien tienden a fijar los deberes del hombre consigo mismo que las relaciones con sus semejantes. La misma censura puede ser dirigida a Ulpiano cuando formula así los tres grandes preceptos del derecho: *vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo* (4). Sólo los dos últimos se refieren al derecho. Vivir honestamente, respetarse a sí mismo, es una regla de moral que tiene su sanción en la conciencia y no en la ley.

Sin embargo, se necesita no exagerar el alcance de esta confusión. No procede de la teoría pura. En la práctica, los romanos siempre han distinguido con cuidado el dominio del derecho del de la moral. Quizá ninguna legislación ha observado mejor esta separación, absteniéndose de reglamentar todo lo que es asunto de conciencia, asegurando así el respeto de la libertad individual (5).

2. De *jus* derivase *justitia* y *jurisprudentia*: a) *Justitia* es la justicia, cualidad del hombre justo. Ulpiano la define: *la voluntad firme y continuada de dar a cada uno lo suyo* (6). Para merecer la calificación de justo no basta serlo, en efecto, en un momento dado: se necesita conformar su conducta al derecho sin rebeldía; b) *Jurisprudentia* es la *jurisprudencia* o ciencia del derecho, que Ulpiano define: *el conocimiento de las cosas divinas y humanas y ciencia de lo justo y de lo injusto* (7). De este modo se manifiesta todavía en la época clásica el recuerdo de la unión antigua del derecho religioso y del derecho profano (8).

(3) L. 1, pr., D., de *Justit.*, I, 1: ... Nam, ut eleganter Celsus definit, *jus est ars boni et aequi*.

(4) L. 10, § 1, D., de *Justit.*, I, 1 e I., § 3, de *Justit.*, I, 1: *Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.—Cf. Cicerón, *De offic.*, I, 3.5.7.—Seneque, *De benef.*, III, 14.

(5) Paul. L. 144 pr., de *reg. jur.*, L. 17: *Non omne quod licet honestum est*.

(6) L. 10, pr., D., de *Justit.*, I, 1: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*.—Ad I, pr., de *Justit.*, I, 1.—Cicerón, *De finib.*, V, 23.

(7) L. 10, § 2, D., eod.: *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum, rerum notitia, justae atque injustae scientia*.—Ad I, § 1, ht.—Hoy, aunque la palabra *jurisprudencia* se tome en el mismo sentido, es más frecuente emplearla en otra significación, cual es: el hábito de los tribunales de juzgar en tal sentido o en tal otro las cuestiones que les son sometidas.

(8) N. del T.—Se expone ordinariamente por los tratadistas, en punto al concepto de la justicia en Roma, que tal noción envuelve dos ideas: la de la voluntad y la de derecho. Los caracteres de la voluntad han de ser: *constans*, permanente, firme, decidida, inalterable, que por nada se perturbe, ni por promesas, ni por amenazas, ni por halagos, ni por castigos, ni por peligros de salud ni de muerte; que sólo la *guie el amor purísimo al bien*; y *perpetua*, es decir, de ayer, de hoy, de mañana, de siempre. En tal sentido se ha reputado como magnífica la definición romana, considerando, sin embargo, que tiene también el defecto de no responder a la idea de justicia en todos sus aspectos, puesto que no comprende la justicia civil, ya porque ésta se fija más en los actos que en la intención, y aprecia obra por obra, calificando ésta de buena y aquella de mala, sin tener en cuenta la disposición general del ánimo, a no ser para determinar la responsabilidad, o bien porque el juez no puede apreciar la voluntad del hombre directamente, sino interpretándola por los hechos. Por tales razones han considerado que la noción romana de la justicia sólo puede convenir a la justicia considerada como una virtud del alma, pero no a la justicia externa, que consiste en la conformidad de los actos con la ley.

El ilustrado Profesor W. Róces, en un artículo-conferencia acerca de la idea de la justicia en los juristas romanos, publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*,

6.—II. *Divisiones del derecho*.—1. El derecho se divide en dos grandes partes: el derecho público y el derecho privado, *jus publicum* el *jus privatum*.

El *jus publicum* comprende el gobierno del Estado; la organización de las magistraturas; y aquella parte referente al culto y sacerdocio es llamada también *jus sacrum*; finalmente, regula las relaciones de los

tomo 145, n.º III, Madrid, septiembre, 1924, afirma que el Derecho es el *prius* lógico, la condición inexcusable de la idea de la Justicia, y que ésta es una noción condicionante del Derecho, su idea normativa o pauta de juicio, que campea sobre él y debe informar sus preceptos y orientarle en las vicisitudes de su aplicación. Que los juristas romanos, para designar lo que en todos los tiempos constituye el fin último del Derecho y la suprema misión del orden jurídico, es decir, la idea de la Justicia, se solían valer de la expresión *aequitas*, equidad, expresión que entraña un sentido de igualdad, y que contiene también una noción de unidad, la idea de un punto culminante hacia el que deben converger todas las tendencias del Derecho en lo objetivo y en lo subjetivo. Sostiene igualmente que la *aequitas* es, en términos generales, un deber de carácter ético, una virtud que afecta a las relaciones todas de la vida, pero que tiene su principal campo de acción dentro del orden jurídico, y citando el fragmento 50, 17, 90 (*in omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est*) en todas las cosas, particularmente en el Derecho, se ha de admitir a la equidad, afirma que ésta para con nuestros semejantes en materias de Derecho es lo que se llama Justicia, pura normativa para el propio proceder y punto de vista crítico para juzgar de la conducta de otros. También expone las varias concepciones según las épocas y las opiniones personales en cuanto a lo que intrínsecamente se estime ser la Justicia, concluyendo por afirmar que a la Justicia como virtud, como acatamiento espontáneo y puro de los preceptos del derecho, alude la definición de Ulpiano ya indicada en el texto de esta obra, si bien entendiendo que *lo supio*, lo que a cada cual en Justicia corresponde, es el problema de la Justicia distributiva que corresponde resolver a la filosofía del Derecho.

Asimismo, entendiendo que desde un punto de vista filosófico jurídico, la Justicia no es creadora, ni fuente por sí de la que directamente emanen normas jurídicas, sino simplemente pauta de juicio para discernir el carácter justo o injusto de una regla de Derecho ya existente, considera, con razón, que no era éste el criterio de los juristas romanos en cuanto a la equidad. La *aequitas* era una especie de poder complementario del Derecho constituido, en el sentido de hacer derivar de ella una larga serie de normas e instituciones, todas las que se agrupaban como *ius aequum*, por oposición al *iniustum ius* y al *ius strictum*, fundamental papel de la equidad, que constituye uno de los rasgos más genuinos del Derecho Romano, y al que es debido, sobre todo, el gran florecimiento de la jurisprudencia romana clásica.

Con no menos acierto que lo antes expuesto se determina en el trabajo antes indicado otra función de la *aequitas*, según las fuentes romanas, y es la de ser pauta crítica del derecho vigente, que es hoy la función por excelencia de la Justicia, debido a que Roma conocía también que no todo Derecho porque rigiese era justo, distinguiendo el Derecho justo y el injusto, el inicuo y el equitativo, tomando por criterio la equidad. Por eso los jurisconsultos romanos separaban el *aequum ius*, el Derecho perfecto, armonizado con los postulados de la Justicia, el *ius iniustum*, incompatible con esos dictados, y el que, sin ser totalmente adverso a la Justicia, se preocupa mucho de ella o *ius strictum*.

Por último, se establece con razón que para los jurisconsultos romanos, especialmente, la equidad era un principio de interpretación del Derecho, principio activo y creador que contribuyó de modo maravilloso a desenvolver el Derecho existente, como mediador entre el orden jurídico y las necesidades, sin cesar nuevas y renovadas, de la vida social. (Para más detalles, véase el aludido trabajo.)

Con relación a la idea de jurisprudencia, y supuesto que entre los nombres con que los romanos designaron el estudio del Derecho, *scientia* y *prudentia*, prevaleció el último, porque fueron sus jurisconsultos más prudentes que sabios, y en sus escritos brillan más la sensatez y cordura que el análisis filosófico y el conocimiento especulativo, se han dado dos explicaciones de la definición de Ulpiano, que transcribe el texto.

La primera es que, teniendo en cuenta que los antiguos definieron la filosofía *Humanarum divinarumque rerum notitia*, sostienen algunos que para los romanos, jurisprudencia era la filosofía de lo justo. No es creíble, sin embargo, que tuviesen tal pensamiento, porque, como se ha dicho, fueron respecto al Derecho más *prudentes* que *scientes*, y llevaron sus recelos tan allá, que desdeñaban a los filósofos, a quienes calificaban de ilusos.

La segunda explicación, considerando que el derecho depende de los hechos, y que apreciando éstos se establece aquél, y teniendo en cuenta, además, que nadie mejor que los romanos supieron aplicar el derecho a los hechos concretos y determinados, afirma que en la definición aludida quisieron señalar estas dos partes: el hecho y el derecho. En tal caso, *Divinarum atque humanarum rerum notitia* quería decir conocimiento de los hechos, y *iusti atque iniusti scientia*, calificación de si son justos o no. Tal explicación, más antigua que la anterior, tiene algún fundamento en la historia romana y está conforme con el genio de sus jurisconsultos; pero debe dudarse igualmente que Ulpiano y Justiniano, que la copió, quisieran con dicha definición hacer la distinción indicada.

La interpretación más racional de una tan enfática definición, dada acaso para enaltecer la ciencia jurídica, de la que tenían alto concepto, si bien no tan preciso como el

ciudadanos con los poderes públicos. El *jus privatum* tiene por objeto las relaciones entre los particulares (1).

2. El derecho privado se subdivide en derecho *natural*, derecho de gentes y derecho *civil*; *jus naturale*, *jus gentium* el *jus civile*.

a) La noción del *jus naturale* es formulada la primera vez por Cicerón, quien la toma de la filosofía de los estoicos. Más tarde es desenvuelta por los jurisconsultos del Imperio. Para ellos es un conjunto de principios emanados de la voluntad divina, apropiados a la misma naturaleza del hombre, e inmutables, porque son perfectamente conformes con la idea de lo justo (2).

Según otra concepción particular de Ulpiano, el derecho natural consiste en las leyes que la Naturaleza ha impuesto a todos los seres animados, de donde resultan, por ejemplo, la unión de sexos, la procreación y la educación de los hijos. Mas los animales obedecen al instinto y no al derecho. Sólo el hombre tiene derechos y deberes, porque él sólo está dotado de razón y de conciencia de la moralidad de sus actos (3).

b) Los romanos, desde un principio, consideraron como contrario el *jus gentium* del *jus civile* (4). En un sentido restringido, el derecho de gentes comprende las instituciones del derecho romano, de las que pueden participar los extranjeros lo mismo que los ciudadanos (5). Pero en la acepción extensa, y la más usada, es el conjunto de reglas aplicadas en todos los pueblos sin distinción de nacionalidad (6). El derecho de gentes se aproxima de este modo al derecho natural, pues en las instituciones que no han sido enteramente aceptadas por todos, porque están conformes con la razón común, los textos hacen frecuentemente sinónimo el *jus gentium* del *jus naturale* (7). Sin embargo, sería un error confundirlos absolutamente, pues esta razón común no es la de una época o de un grado de civilización; el interés, bien o mal entendido, ha

que los intérpretes quieren señalar, parece ser la de los que estiman que la palabra *notitia* significa conocimientos generales y *scientia* conocimientos especiales; es decir, que el jurista debe tener un conocimiento general de todas las cosas divinas y humanas, y un conocimiento especial, más hondo, de lo justo y de lo injusto, o lo que es igual, simple noción de lo primero y conocimiento científico de lo segundo.

Esta misma idea parece ser la del Profesor Roces, antes citado, en su aludido trabajo, al consignar que la misión de la jurisprudencia requiere un vasto conocimiento de la vida social toda, y es bien misero y digno de lástima el jurista que sólo conozca la técnica de su Derecho sin saber nada del medio social ni de las personas a que ha de aplicarse. Y este carácter universal de los estudios de la jurisprudencia lo habían visto magistralmente los juristas romanos en la dicha definición. El conocimiento de la vida humana en todas sus manifestaciones, y, sobre todo, la ciencia de lo justo y de lo injusto.

6. (1) Ulpiano, L. 1, § 2, D., de *Justit.*, I, 1: *Hujus studii duae sunt positiones; publicum et privatum. Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem... Publicum jus in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. Privatum jus tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus.*—Cualquiera que sea el interés que presenta el derecho público, es el derecho privado la obra más perfecta del genio romano. Nosotros, en este tratado, no tocaremos más partes del derecho público que las que tienen relaciones íntimas con el derecho privado.

(2) Cicerón, *De leg.*, II, 4.—Paul., I, 11, D., de *Justit.*, I, 1. *Id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est jus naturale.*

(3) L. 1, § 3, D., de *Justit.*, I, 1.—Esto es lo que el mismo Ulpiano reconoce en la L. 1, § 3, D., *si quadrupes*... IX, 1: *Nec enim potest animal injuriam fecisse quod sensu caret.*—Por otra parte, para apoderarse por completo de su pensamiento, se necesita reunir la L. 1, §§ 3 y 4 y la L. 6, pr., D., de *Justit.*, I, 1. Resulta que él ha querido examinar, desde luego, las leyes comunes a todos los seres, o *derecho natural*; después, aquellas que rigen a todos los hombres, o *derecho de gentes*; y por último, las que no se aplican más que a los ciudadanos de una nación, o *derecho civil*.

(4) Cicerón, *De offic.*, III, 17: *Majores aliud jus gentium, aliud jus civile esse voluerunt.*

(5) Este es el punto de vista en que se colocan los jurisconsultos cuando tratan de averiguar si una institución romana es de derecho de gentes.—Cf. Gaius, §§ 93, 133.

(6) Gaius, I, § 1... *Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos custoditur vocaturque jus gentium quasi quo iure omnes gentes utuntur.*

(7) Cf. Fr. Dosith., § 1.—I, de *rer. divis.*, II, 1.

oscurecido muchas veces la noción de lo justo, y generalizado una institución contraria al derecho natural. La esclavitud, admitida en todos los pueblos de la antigüedad, es un ejemplo patente, y siendo expresamente considerada como de derecho de gentes, los jurisconsultos reconocen, bajo el Imperio, que es contraria al derecho natural (8).

La expresión *jus gentium* todavía ha sido empleada alguna vez para designar toda una parte especial del derecho público: la que regía las relaciones del Estado romano con los otros Estados; por ejemplo, las declaraciones de guerra, los tratados de paz o de alianza (9).

c) El *jus civile*, por oposición al *jus gentium* o al *jus naturale*, comprende las reglas de derecho especiales de cada pueblo, de cada Estado. De este modo se separa del derecho común, que es el derecho de gentes, y forma la singularidad de cada legislación (10). Más especialmente, los jurisconsultos entienden por *jus civile* las instituciones propias de los ciudadanos romanos, de las cuales no participan los extranjeros: *jus proprium civium romanorum* (11).

A medida que la civilización de un pueblo se desarrolla y que sus relaciones se extienden a las naciones vecinas, el derecho civil se ensancha y se funde poco a poco con el derecho de gentes. De este modo, en Roma, las instituciones que estaban desde luego reservadas a los ciudadanos, fueron por consecuencia aplicadas a los extranjeros y pasaron del *jus civile* al *jus gentium* (12).

3. Desde otro punto de vista, Ulpiano divide el derecho en derecho escrito y derecho no escrito: *jus scriptum* et *jus non scriptum*. El derecho escrito es aquel que tiene un autor cierto, que ha sido promulgado por el legislador. El derecho no escrito está formado por el uso, por la tradición. Poco importa que el mismo haya sido consignado en los textos, pues, a pesar de ello, no conserva menos su nombre en razón de su origen, que es la *costumbre*.

7.—III. *Fuentes del Derecho*.—Se hace preciso distinguir las fuentes del derecho escrito y las de derecho no escrito.

(8) Se puede citar en este sentido la definición de la esclavitud que da Florentinus. L. 4, § 1, D., de stat. hom., 1, 5: *Servitus est constitutio juris gentium qua quis dominio alieno contra naturam subijctur*.—Ad Ulpian., L. 32, D., de reg. jur., L. 17.

(9) Cf. Pomponius, L. 17 (18), D., de legation., L. 7.—Salluste, *Jugurt.*, 22, 34.—Tito Livio, I, 14 (1)—V. 36 (6)—IX, 10, in fine.

(10) Gaius, I, § 1: *Quod quisque populus ipse sibi jus constituit id ipsius proprium est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium civilis*.—Cf. I, §§ 1 y 2, de jure natur., 1, 2.—Ad. L. 6, pr., D., de Justit., I, 1.—Las palabras *jus civile* son también empleadas en otro sentido.—(V. números 34 y 35.)

(11) Gaius, I, §§ 108, 119.—II, § 65.—III, § 93.

(12) Esta fusión es hoy poco más o menos un hecho perfecto. Sólo con relación a algunas instituciones se puede aún preguntar si se debe negar su beneficiosa aplicación a los extranjeros. Desde entonces, el *derecho de gentes* designa exclusivamente el *derecho público internacional* que rige las relaciones entre las naciones. Por la misma razón, el *derecho civil* no conserva su antigua acepción; llega a hacerse sinónimo de *derecho privado*.

N. del T.—Ninguna legislación positiva existe que se forme sólo de leyes expresas. En todos los pueblos hay ciertos principios que se desarrollan por la opinión, por las costumbres, por las sentencias de los tribunales y por el progreso científico, y lejos de depender de las leyes, éstas se forman ordinariamente de ellos mismos, cuando habiendo llegado a su completo desarrollo se han hecho ya una necesidad. De aquí se deduce con cuánta razón los romanos dieron al *derecho consuetudinario* la misma consideración que al *positivo* L. 1, 2, 9. Se diferencian, sin embargo, en que éste debe ser promulgado para ser obligatorio, L. 1, 1, 1, pr., y aquí se introduce tácitamente por las costumbres; el positivo consta ya por la promulgación, y el consuetudinario necesita que se pruebe su existencia para que los tribunales sentencien con arreglo a sus preceptos.

Por lo demás, en cuanto a su fuerza obligatoria, son enteramente iguales, D., 1, 3, 32, par. 1, aun para aplicar la regla de que *el derecho posterior deroga siempre el anterior*, L. 1, 2, 11.—D., 1, 4, 4. Así, pues, las leyes eran derogadas, según los principios del Derecho Romano, por cualquiera costumbre que posteriormente se introdujera en contrario, siempre que no fuese opuesta a los buenos principios de gobierno, de moral y de honestidad pública, lo mismo que la costumbre lo era también por las leyes que se promulgaban con posterioridad a su introducción.

El derecho escrito proviene de las fuentes siguientes: 1. Las *leyes* o decisiones votadas por el *pueblo*, en los *comicios*, sobre la proposición de un magistrado senador (1). Se concluyó por aplicar también esta calificación a los plebiscitos (V. n.º 29).—2. Los *plebiscitos*, o decisiones votadas por la plebe en los *concilia plebis* sobre la proposición de un tribuno.—3. Los *senadoconsultos*, decisiones votadas por el Senado.—4. Las *constituciones imperiales* que emanan de la voluntad del emperador.—5. Los *edictos de los magistrados*, es decir, las reglas de derecho que los magistrados encargados de la justicia civil, sobre todo los pretores, publicaban en sus edictos al entrar en funciones.—6. Las *respuestas de los prudentes*, o dictámenes de los jurisconsultos.—Sin embargo, solamente a partir del reinado de Adriano es cuando los *edictos* codificados en el *Edicto perpetuo* y las *respuestas de los prudentes*, bajo ciertas condiciones, pueden ser contados en el número de las fuentes del derecho escrito.

El derecho no escrito no tiene más que una fuente: la costumbre (V. n.º 30) (2).

8.—Todas estas fuentes no han contribuido a un mismo tiempo a formar el derecho romano. Le han nutrido en épocas diversas, según el estado social y la organización del Poder legislativo. Por consiguiente, es necesario hacer brevemente la historia de ese derecho, es decir, ver en suma cómo el derecho romano ha nacido, cómo se ha desarrollado, y cuál ha sido su destino. Esta exposición de las diferentes fases de la legislación romana formará en este tratado una introducción natural al estudio de las instituciones consideradas en sí mismas y en sus transformaciones sucesivas (1).

§ 3 bis—Derecho subjetivo (1).

1. DERECHOS Y DEBERES EN GENERAL.—DERECHOS COMUNES.

A) *Derecho subjetivo en general*.—El derecho subjetivo, esto es, considerado como la facultad, el poder moral de hacer, omitir o exigir alguna cosa, es la consecuencia inmediata de las leyes, tanto de las morales como de las positivas, porque, en efecto, todas en definitiva tienden únicamente a conceder derechos o garantizar los que ya poseemos.

B) *Derechos morales o imperfectos y derechos perfectos y jurídicos*. El hombre, desde el momento de su concepción, se encuentra ya dotado por la Naturaleza de muchos derechos, sin los que no podría cumplir el destino que debe desempeñar sobre la tierra, y estos derechos, que se llaman naturales o morales, deben ser sagrados para sus semejantes. Sin embargo, la misma causa que hizo necesarias las leyes positivas, hizo necesarios también otros derechos creados por estas mismas, y que no vienen a ser más que o los mismos derechos naturales nuevamente sancionados por las leyes positivas o garantías de ellos.

7. (1) Este es un sentido restringido y técnico de la palabra *lex*. En su significación general designa toda regla obligatoria. (Cf. Papiniano, L. 1, D., de *legib.*, 1, 3 y Marciano, L. 2, D., *eod.*) En otra acepción particular se entiende por *leges* las constituciones imperiales por oposición al *jus* o derecho proveniente de otras fuentes.

(2) Cf. sobre la enumeración y la noción de las fuentes del derecho estudiadas más al por menor y de cuando en cuando: Gaius, I, §§ 3 a 7 y §§ 4 a 9, de *jure natur.*, II, 2.

8. (1) Estos dos aspectos del estudio del derecho romano son frecuentemente llamados: *historia externa e historia interna*; expresiones debidas a Leibnitz. (*Nova methodus disc. docendaeque juris.*, II, §§ 29 y 30.)

(1) Original del traductor.

Éstos se llaman también *jurídicos* o *perfectos*, porque pueden hacerse valer ante los tribunales, a diferencia de los que son puramente morales, que se denominan *imperfectos*, porque su sanción está reservada a la conciencia de cada uno, y la ciencia jurídica y su expresión, la Jurisprudencia, no se ocupa directamente de ellos, por sagrados que sean en el fuero interno, porque pertenecen sólo a la moral.

C.) *Deberes correlativos de los derechos: deberes perfectos e imperfectos*.—Todo derecho subjetivo, sea de la clase que quiera, supone siempre un deber que le es correlativo, porque no podría concebirse que un hombre tuviese una facultad si otro estuviese autorizado para impedirle su ejercicio, y aun a veces, si no hubiera otra persona que estuviese especialmente obligada a prestar aquello que el primero tiene derecho a exigir. Estos deberes, precisamente por ser correlativos de sus respectivos derechos, participan de la misma naturaleza, y, por consiguiente, serán *imperfectos* en sentido jurídico los que corresponden a derechos puramente morales, y *perfectos* los que se refieren a derechos propiamente jurídicos.

D.) *Deberes generales o negativos y positivos o relativos*.—Del concepto del derecho subjetivo, y de lo que más tarde haya de exponerse, se infiere que los deberes correlativos pueden consistir en que nadie estorbe el ejercicio del derecho a quien lo tiene, en cuyo caso el deber es *general*, porque corresponde a todos los hombres o al menos a todos los conciudadanos, y *negativo*, porque consiste en no hacer, en abstenerse de todo lo que impida el ejercicio del derecho, y puede consistir también en la necesidad moral de prestar alguna cosa que el otro tenga derecho a exigir, en cuyo caso existe siempre una persona especialmente obligada, además de la masa o conjunto general de los hombres o conciudadanos, y los deberes de esta clase se denominan *positivos* o *relativos*.

E.) *Derechos absolutos y relativos*.—Aquellos derechos cuyos deberes correlativos son generales o negativos se llaman *absolutos*, y son los que se refieren a la capacidad de un individuo y a sus cualidades personales, los que se refieren a sus relaciones de familia, aunque éstas producen también muchas obligaciones personales que ligan a los parientes recíprocamente entre sí, por cuya razón las instituciones del derecho de familia comprenden derechos absolutos y relativos, y los que se denominan derechos reales. Aquellos en que existe una persona especialmente obligada se consideran *relativos*, y se designan más frecuentemente con la denominación de derechos personales o de crédito u obligación.

F.) *Existencia de los derechos jurídicos, garantías y elementos de los mismos*.—Es fácilmente comprensible que así como los derechos y deberes morales existen en el hombre sin consideración ninguna al estado social, los jurídicos o perfectos no pueden concebirse sin suponer la existencia de aquél, porque sin ella no existirían tampoco leyes positivas, de donde traen su origen, ni autoridades constituidas que los hiciesen respetar.

De igual modo es evidente que la fuerza pública es la única que tiene el poder de hacer que cada uno cumpla sus deberes jurídicos, porque, de lo contrario, todos serían jueces en causa propia, y no habría justicia ni orden posible en la sociedad. Todo derecho subjetivo supone o requiere como elementos indispensables para su existencia, en primer término, un *sujeto activo* o persona, que es la que tiene el poder, la facultad que constituye el derecho; en segundo lugar, otro *sujeto pasivo*, persona en quien reside el deber u obligación correlativa, y que puede ser el conjunto general de los hombres o conciudadanos, o puede haber, además, otra particular, especialmente obligada; en tercer término es

precisa alguna cosa que sea *objeto del derecho*, porque la facultad que lo constituye es inconcebible sin algo sobre que deba versar, sobre que haya de ejercerse; y, en último lugar, requiere asimismo algún *hecho* o *acontecimiento* que lo haga nacer, porque aun en aquellos derechos que provienen inmediatamente de las leyes, éstas necesitan tener alguna razón para concederlos, o para quitarlos una vez concedidos, y esta razón no puede ser otra cosa que algún acontecimiento que ocurra, al menos en el mundo de nuestras percepciones.

Los derechos, por consiguiente, ya se consideren en su creación o adquisición, ya en su conservación, ya en su pérdida o extinción, dependen siempre de algún acontecimiento, ya sea éste un acto jurídico o simple del hombre, ya un suceso cualquiera independiente de la voluntad. De manera que, en conclusión, son tres los elementos indispensables de todo derecho: uno, las personas: sujeto activo y pasivo; otro, las cosas: objeto de los derechos, y un tercero, los hechos o acontecimientos, que son causas eficientes de los derechos.

G) *Adquisición, conservación y pérdida de los derechos.*— De la materia integrante de este epígrafe general se ha de tratar con la necesaria amplitud en la parte general; pero, no obstante, conviene por adelantado se expongan las máximas o principios más importantes que el Derecho Romano había establecido acerca de tales extremos. Así, respecto a la adquisición de los derechos, se precisaba tener en cuenta las normas de que no se podían adquirir derechos en perjuicio de otro cuando en ello no se tenía interés (1); de igual modo se afirmaba que nadie debía enriquecerse a costa de los demás; se propugnaba también de modo expreso que, concedido un derecho, se conceden tácitamente los medios de probarlo; de la misma manera se estableció que nadie podía transferir a otro más derechos que los que tiene (2); y finalmente, que en toda adquisición de derechos se debían distinguir dos acontecimientos, que son: la *delación*, que consiste en que su adquisición dependa sólo de la voluntad, y la *aceptación*, que es la manifestación que hacemos expresa o tácitamente de lo que queremos adquirir. Estos dos actos deben siempre reunirse para que adquiramos un derecho, y cuando sólo se ha efectuado el primero, el derecho se dice diferido.

En cuanto a la conservación de los derechos, ya veremos en el lugar anteriormente indicado cómo se logra y obtiene por la *protesta*, la *reserva*, la *retención*, el *arresto* o *embargo*, la *caución* y la *posesión judicial*.

Y de igual forma veremos asimismo en el lugar antes apuntado que los derechos se pierden unas veces por voluntad de quien los tiene y otras contra su voluntad, siendo figuras de este último supuesto o grupo la *renuncia*, la *enajenación* o *transferencia*, la pérdida de estado, personalidad o consideración, la extinción de la cosa, la condición resolutoria o el tiempo de duración, la falta de interés en la conservación, la prescripción y el mal uso o delito.

2. PRIVILEGIOS.

Las leyes positivas establecen y sancionan ordinariamente reglas generales que comprenden a todos los ciudadanos sin excepción, y los derechos y deberes que de ellas emanan se llaman *comunes*. Pero otras veces, por razones particulares, se apartan de la norma o regla común y establecen disposiciones que se refieren sólo a alguno o algunos individuos en particular, o sólo a aquellos que se encuentren

(1) D., 39, 3, 1, § 12.

(2) D., 1, 17, 54.

en ciertas y determinadas circunstancias, y entonces se llaman *derechos particulares* (3). Esta denominación comprende dos especies, en cuanto en el primer caso se dice que hay un *privilegio* (4), y en el segundo, propiamente hablando, hay un *derecho singular* (5); sin embargo, conviene advertir que estas dos denominaciones se suelen usar indistintamente.

De estos privilegios, *lex privata*, se forman diferentes especies, pues unos se califican de *odiosos* o *favorables*, según que establecen una restricción o una extensión de los derechos comunes. Otros se denominan *personales* o *reales*, según que son concedidos a alguna o algunas personas particulares o a una cosa u objeto determinados (6). En otro aspecto, y por razón de su contenido, existen también privilegios *afirmativos* y *negativos*, otorgando los primeros una facultad particular, y los segundos librando de un deber común. Y hay asimismo privilegios *gratuitos* u *onerosos*, según que se conceden por mera gracia o liberalidad del legislador, o por servicios que ha prestado o debe prestar el concesionario.

Si se trata de determinar la naturaleza de los privilegios, es preciso tener en cuenta que los privilegios personales sólo pueden usarlos las personas a quienes se han concedido, y los reales, en cambio, no sólo a las personas que los tenían en su origen, sino también a sus herederos, sucesores singulares y fiadores (7). Además, ningún privilegio favorable se aplica sin que lo reclame la persona interesada (8). Es procedente en justicia que toda persona privilegiada pueda impedir que usen del mismo privilegio las personas que no lo son, como también el que el privilegiado no pueda ceder a otro su privilegio, ya que solamente podrá transmitir el ejercicio de él cuando no lo resista la naturaleza del mismo, como sucede siempre en los privilegios negativos, y aun en los afirmativos, cuando su uso se ha ceñido a la persona privilegiada exclusivamente.

Los privilegios pueden cesar, produciéndose la extinción de los mismos y de los derechos que contienen. Las causas que producen tal extinción pueden provenir de haber transcurrido el tiempo por el que se concedieron (9) o por haberse cumplido la condición de que su duración dependía. Concluyen también por la muerte de la persona que los gozaba, caso de ser personales, o por perecer la cosa a que estaban anejos, si son reales; mas en este segundo caso volvían a renacer si la cosa se restablecía (10). Otra causa de extinción provenía de la revocación de la autoridad competente, hecha en virtud de haberse reservado esta facultad (11), o por exigirlo el bien del Estado, en cuyo caso debe indemnizarse al privilegiado, y también por el mal uso que se haga del privilegio (12). Y, finalmente, pueden asimismo concluir por la renuncia expresa o tácita de la persona privilegiada (13).

Los privilegios negativos no se extinguían por el no uso (14), y en cuanto a los afirmativos, sólo hay una disposición en Derecho Ro-

(3) D., 1, 3, 14, 15, 16.

(4) D., 1, 4, 1 § 1.

(5) D., 26, 7, 40, 42, 44.

(6) D., 43, 20, 1 § 41.

(7) D., 50, 17, 68.

(8) D., 50, 17, 69.

(9) C., 1, 23, 2.

(10) D., 8, 2, 20 § 2.

(11) C., 1, 19, 7.

(12) C., 11, 43, 3.

(13) D., 4, 4, 41.

(14) C., 10, 43, 2.

mano, según la que se acaba a los diez años el privilegio *nundinarum* (15) es decir, la facultad concedida por el Príncipe para tener alguna feria.

3. CONCURSO Y COLISIÓN DE DERECHOS.

Los derechos, tanto los comunes como los particulares, pueden encontrarse en *concurso* y en *colisión*.

Hay o existe el concurso cuando diferentes personas tienen derecho sobre un mismo objeto, pero de tal modo que no se imposibilitan unos a otros, y en este caso cada uno usa de su derecho respectivo, aunque limite las ventajas que los demás pudieran tener, o las suyas sean limitadas por ellos.

En cambio, existe la colisión cuando los diferentes derechos que concurren sobre un mismo objeto se oponen de tal modo que sólo el de una persona puede ejercitarse, en cuyo caso, para resolver la oposición, debe tenerse presente que el privilegio debe de ser preferido al derecho común (16), y que entre derechos iguales obtendrá la preferencia el que sea más antiguo (17), a no ser que entre dos o más derechos particulares unos sean más privilegiados que otros, pues entonces serán preferidos los primeros (18).

En otro supuesto, si los derechos en colisión son de tal naturaleza que los que los tienen pueden ejercitarlos uno contra otro, debe ser preferido el que intenta preservarse de una pérdida real al que sólo pretende obtener alguna ventaja (19), y si las pretensiones son iguales, al que recibió alguna cosa del otro sin haberse enriquecido por ello (20); en los demás casos, los derechos en colisión se destruyen (21).

Y, por último, si los derechos se refieren a un tercer objeto sobre el cual pretenden dos o más personas tener un derecho exclusivo, obtendrá la preferencia el que tenga la posesión (22); pero si ninguno la tiene, se dividirá el objeto o cosa (23), y si ésta no fuere divisible, se destruyen los derechos en colisión, a no ser que su naturaleza o las circunstancias exijan que alguien los ejercite, en cuyo caso decidirá la suerte a falta de disposición legal (24).

§ 4.—Formación y desarrollo del Derecho Romano.

9.—Si se considera el derecho privado de los romanos desde el punto de vista de su desenvolvimiento, después de la fundación de Roma hasta el reinado de Justiniano, se pueden distinguir cuatro periodos:

1.º De la fundación de Roma a la ley de las XII tablas (1 a 304 de Roma).

2.º De la ley de las XII tablas al fin de la República (304 a 723 de Roma).

3.º Del advenimiento del Imperio a la muerte de Alejandro Severo (723 a 988 de Roma, ó 235 de la Era cristiana).

(15) D., 50, 11, 1.

(16) D., 50, 17, 8.

(17) C., 1, 19, 7.

(18) D., 14, 6, 3 § 2.

(19) D., 12, 6, 14.

(20) D., 4, 4, 11 § 6.

(21) D., 4, 3, 36.

(22) D., 50, 17, 128.

(23) D., 50, 17, 33.

(24) D., 5, 1, 13.—D., 42, 1, 38 § 1.

4.º De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano (225 a 565 de la Era cristiana) (1).

Durante el primer período, el derecho romano está todavía en la infancia. Se compone de costumbres antiguas de los pueblos itálicos que fundaron la nueva ciudad. En el segundo, determinado por la ley de las XII tablas, se desarrolla gracias a la interpretación de los pontifices y de los jurisconsultos, y adquiere el carácter de derecho nacional. El tercer período marca su apogeo. Felizmente extendido al contacto de las legislaciones extranjeras, coordinado y adaptado a las necesidades de la práctica por ingenios eminentes, llega a alcanzar, bajo los Antoninos, su más alto grado de perfección. Después, a partir de Diocleciano y durante el Bajo Imperio, cesa de progresar. Los emperadores buscan la manera de poner las leyes en relación con las costumbres de una sociedad nueva, y publican algunas excelentes Constituciones. Pero el derecho, como ciencia, está herido de una verdadera decadencia, y este último período es señalado, sobre todo, por los trabajos de codificación.

PRIMER PERÍODO

De la fundación de Roma a la ley de las XII tablas

I.—Estado social bajo los primeros reyes.— Los comicios por curias.

10.—Una gran oscuridad reina acerca de los orígenes de Roma. Con arreglo a las conjeturas con que la ciencia moderna ha sustituido los relatos legendarios de los historiadores y poetas latinos, tres poblaciones concurren a su formación: una de raza latina, los *Ramnenses*, que tenían por jefe a Rómulo; otra de raza sabina, los *Titienses*, bajo el gobierno de Tatío; y, por último, la raza etrusca, los *Luceres*, cuyo

9. (1) Esta división es, sobre poco más o menos, la que ha sido propuesta por Gibbon (*Historia de la decadencia y de la caída del Imperio romano*, c. 49). Tiene la ventaja de caracterizar francamente las diferentes fases del derecho romano, comparándolas a las edades de la vida humana: infancia, adolescencia, virilidad y senectud. Hoy está un poco abandonada, sin que a nuestro parecer se la haya sustituido por otra mejor.

N. del T.—Ha sido siempre delicado asunto el de señalar cronológicamente los períodos de la historia del Derecho Romano. El ilustre Ihering, en su *Exp. del Derecho Romano*, habla de una cronología interior jurídica, opuesta a la meramente exterior y general del tiempo. Nada tiene de extraño, puesto que nadie pondrá en duda que las evoluciones internas que el Derecho sufre en sí mismo no siempre se manifiestan externamente tan pronto como son originadas, ni se corresponden a las veces con acontecimientos políticos de bulto, ni tampoco se reparten por igual y de modo simultáneo por toda la sustancia jurídica.

Dados estos antecedentes, puede explicarse la existencia de multitud de opiniones acerca de los períodos de la historia del Derecho Romano.

Autores existen que se inspiran en un criterio exterior meramente político para establecer las divisiones de dichos períodos, fijándose, o en la sucesión de formas de gobierno o en acontecimientos políticos cuya importancia aprecian de diverso modo. Así procedieron Jacobo Godofredo, hablando de las épocas que denomina *Jurisprudentia regionum temporum*, *Jurisprudentia sub libera Republica* y *Sub imperatoribus*, subdividiendo esta última en desde Augusto a Constantino, desde éste a Teodosio el Joven y desde éste a Justiniano, y después de dicho autor, Leibnitz, Heinecio, Bach, Schubart, Gibbon, Ortolán, Makelley, Marezoll, Puchta, Mainz, Capuano y otros.

Por el contrario, tratadistas hay que con el mismo objeto toman por base un criterio interno jurídico con especial aplicación y referencia al Derecho privado. Así Voigt y Cug

jefe lleva el título de Lucuwio (1). La reunión de estos tres pueblos, agrupados en tres *tribus* distintas y establecidas sobre las colinas que bordean la ribera izquierda del Tíber, bajo la autoridad de un *rey*, constituía la ciudad romana. Veamos cuál ha sido su organización social y política (2).

11.—I. *Los patricios*.—*Los clientes*.—*La plebe*.—1. Cada una de las tres *tribus* primitivas estaba dividida en diez *curias* (1). Cada curia comprendía un cierto número de *gentes*. Mientras que la curia no es más que una división artificial, la *gens* parece haber sido una agregación natural, teniendo por base el parentesco (2). Cada *gens* comprendía el conjunto de personas que descienden por los varones de un autor común. A la muerte del fundador de la *gens*, sus hijos llegan a hacerse jefes de familias distintas; mas estas familias, que son ramas diversas de un mismo tronco, conservan una señal de su común origen; ésta es el nombre, *nomen gentilium*, llevado por todos los miembros que continúan formando parte de la misma *gens*.

Cada familia está colocada bajo la autoridad de un jefe, *paterfamilias*. Estos *padres* y sus descendientes, que componen las *gentes* de las treinta curias primitivas, forman la clase de los patricios, *patricii*. Ellos constituyen una nobleza de raza (3), y ellos solos participan del

atienden a los elementos de la cultura, y otros, como Ihering, Carle, Padelletti y Cagliolo, en el principio que informa el sistema jurídico.

Algunos romanistas, fundándose en que los cambios políticos implican más o menos tarde profundas y radicales transformaciones del Derecho, siguen ambos criterios, el exterior y el interno, como nuestro Hinojosa; e igual opinión adoptan otros, como Gravina, por entender que esos dos criterios corresponden a otros tantos aspectos distintos, si bien relacionados, que deben tratarse por procedimientos distintos. Este último autor expuso, siguiendo a Floro, una clasificación, que puso en relación con las edades del pueblo romano, hablando del período de infancia hasta las XII Tablas, juventud hasta Cicerón, madurez hasta Alejandro III y vejez hasta Justiniano, y puestos los límites en relación con los acontecimientos que más directamente atañen a la constitución política, resulta la división de Monarquía, República y Emperadores paganos y cristianos aceptada por Hoinosa. También Willens, aunque simplifica la división no admitiendo más que dos períodos, real y republicano e imperial, coincide con los anteriores en el fondo, puesto que subdivide los períodos antes expuestos.

En otra corriente figuran los autores que no vacilan en afirmar la dificultad que existe en señalar períodos igualmente aplicables a todas las ramas del Derecho, y por ello establecen una distinta división para cada una. Así, Karlowa acepta para el Derecho político los cuatro períodos de los anteriores autores; para el privado, otros cuatro en relación con los del derecho político, *ius civile*, *ius honorarium*, Derecho del imperio pagano y del cristiano, y para el procesal civil, tres, a saber: *Legis actiones*, *formulae* y *extra ordinem cognitio*.

Por último, el ilustre romanista y profesor español Clemente de Diego, distingue dos períodos, correspondientes a las dos etapas principales de la vida del pueblo romano, separados por un espacio que llama de transición. En el primer período, el pueblo romano, trabajando sobre el legado de ideas, tradiciones y costumbres que de otros recibiera, logra constituir su individualidad poderosa, modelar su carácter y labrar su espíritu nacional, y entonces forma también su derecho propio y exclusivo, eminentemente nacional y en armonía con las enérgicas condiciones de aquel pueblo sencillo, agricultor y de grandes virtudes. En el segundo período, el espíritu nacional se debilita tanto como se fortalece el principio de universalidad; elementos extraños se infiltran uno tras otro en aquel derecho, borrando sus antiguos exclusivismos y capacitándole para engrosar la cultura de las modernas sociedades. Los dos períodos se manifiestan en lo público y en lo privado. Véase la obra del citado profesor, *Introducción al estudio de las Instituciones de Derecho Romano*, 1900.

10. (1) Tito Livio, I, 13 [8].—Cicerón, *De republ.*, II, 8.—Varrón, *De ling. latín*, V, 55.

(2) No entra en el plan de esta obra estudiar de una manera completa el estado social del pueblo romano en las diferentes épocas de su historia. Esto toca a las nociones suministradas por los tratados de derecho público. Nosotros no trataremos sino de lo que es indispensable para comprender la formación del derecho privado.

11. (1) *Curia* parece puesto por *Coniria*, reunión de hombres. De ahí viene, sin duda, *Quirites*, ciudadanos romanos que componían las curias. Los autores hacen, al contrario, derivar esta palabra bien de *Quiris*, lanza sabina, bien de *Curtis*, diosa de los Sabinos.—Cf. Festus, Vº *Quirites*.

(2) Esta probabilidad ha sido protestada, por falta de indicios ciertos sobre la *gens* y los derechos de gentilidad. La cuestión será tratada con detalle en el n.º 81.

(3) Cicerón, *De republ.*, II, 12.—Tito Livio, I, 8 [7].—X, 8 [9, 10, 11].

gobierno del Estado y gozan de todos los privilegios del ciudadano romano.

Al lado de cada familia patricia se encuentra un cierto número de personas agrupadas, a título de *clientes*, bajo la protección del jefe, que es su *patrón*. Es probable que los clientes formasen parte de la *gens* del patrón, y que tomaran el *nomen gentilicium*. Lo que es cierto es que la *clientela* crea entre ellos derechos y deberes. El patrón debe a sus clientes socorro y asistencia; toma su defensa en justicia y les concede gratuitamente tierras, para que puedan cultivarlas y vivir de su producto. Por otra parte, el cliente debe al patrón respeto y abnegación. Le asiste en su persona, siguiéndole a la guerra, y en su fortuna, bien para pagar su rescate en caso de cautiverio, bien para dotar a su hija, o bien para pagar las multas a que el patrón había sido condenado. Estas obligaciones recíprocas estaban enérgicamente sancionadas: el patrón o el cliente que las violaba era declarado *sacer* y podía ser muerto impunemente (4).

En cuanto al origen de la clientela y a la manera en que se desarrolla, se reduce todo a conjeturas. Si se tiene en cuenta el número considerable de clientes agregados a ciertas *gentes*, se hace preciso admitir que muchas causas han contribuido a formar esta parte de la población romana. Desde luego, los fundadores de Roma tenían ya clientes, pues en esta época se encuentra la misma institución en la mayor parte de las ciudades de Italia (5). A este núcleo primitivo deben añadirse los libertos y sus descendientes (6); después, los extranjeros llegados a Roma por derecho de asilo, y que se colocaron voluntariamente bajo la protección de un patricio (7). Por último, como consecuencia de las primeras conquistas, las poblaciones de las ciudades vecinas, trasladadas a Roma en totalidad o en parte, contribuyeron al acrecentamiento rápido de la clientela, pues entre los vencidos, aquellos que eran pobres y de baja extracción subsisten, buscando cerca de un patrón una vida menos libre, pero mejor protegida (8). La cualidad de cliente se transmitía, además, hereditariamente.

3. Los testimonios de los antiguos autores convienen en comprobar que, durante los primeros tiempos que siguieron a la fundación de Roma, la población no comprendía más que los *patricios* y *clientes* (9). Mas inmediatamente aparece otra clase de personas, los *plebeyos* o la *plebe*, *plebs* (10). Libres de toda unión con los patricios, ocupan en la ciudad un rango inferior. No tienen ninguna participación en el gobierno; está prohibido su acceso a las funciones públicas, y no pueden contraer matrimonio legítimo con los patricios.

¿Cómo se formó la plebe? Éste es un problema difícil de resolver. Se puede admitir que está compuesta desde luego de clientes que llegaron a hacerse independientes, por ejemplo, cuando la *gens* de su patrón se extinguió. De otra parte, a medida que Roma extendía sus conquistas, los extranjeros introducidos dentro de la ciudad eran muy

(4) Dionis. de Hal., II, 10.—Aulo-Gelio, *Noches at.*, V, 13.—Servius, *ad Aeneid.*, VI, 609.

(5) Tito Livio, II, 16 [4].—Dionis. de Hal., II, 46 *in fine*.—Vº 41.

(6) Dionis. de Hal., IV, 23, *in fine*.—Tito Livio, XLIII, 16 [4].—Las relaciones del patrón y del liberto tomaron, por consecuencia, un carácter especial y mejor definido: han sobrevivido a la desaparición de la clientela.

(7) Muchas inscripciones dan fe de ello.—Cf. Otelli, *Inscr. lat.*, 156, 3.693.

(8) Dionis. de Hal., II, 36, 50.—Tito Livio, I, 10, 11.

(9) Cicerón, *De Republ.*, II, 9.—Dionis. de Hal., II, 9.—Tito Livio, VI, 18 [6].—Festus. Vº *Patrocinia*.—Plutarco, *Romulus*, 13.

(10) *Plebs* significa en griego, vulgo. La palabra *populus* comprende el conjunto de patricios y plebeyos.—Gayo, I, § 3: *...Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis: plebs autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur.*

numerosos para no proveer de alimento a la clientela. Alguna vez las *gentes* de noble origen fueron incorporadas al patriciado (11). Mas los vencidos de condición inferior aumentaron poco a poco la muchedumbre de plebeyos. Las reclamaciones de esta multitud, sin cesar creciente, no tardaron en crear un serio peligro para el Estado, y durante siglos, la historia interior de la ciudad se resume en la lucha de patricios y plebeyos, quienes se esfuerzan en conseguir la igualdad en el orden público como en el orden privado.

12.- II. *El rey. El senado. Los comicios por curias.*— 1. La forma de gobierno es la monarquía; pero no es una monarquía absoluta. El *rey* no es más que el jefe de una especie de república aristocrática, donde la soberanía pertenece a los patricios, que componen las curias. Ellos ejercen su poder en las asambleas o comicios, los *comitia curiata*. El rey es elegido vitalicio por los comicios, que le confieren la autoridad suprema. Es a la vez el jefe del Ejército, que manda en tiempo de guerra; el magistrado judicial, tanto en lo civil como en lo criminal, y el alto sacerdote encargado de velar por el regular cumplimiento de las ceremonias del culto público (1). A su muerte, y mientras tiene lugar la elección de un nuevo rey, el Poder es ejercido por un *inter rex* tomado del senado.

2. El rey está asistido del *senado*, que parece haber sido compuesto desde luego de los *patres* o *seniores*, es decir, de los más viejos entre los jefes de las familias patricias (2). Es probable que en su origen hubiese 100 senadores. Bajo Tarquino el Antiguo el número alcanzó a 300 (3). El senado forma un consejo, al que el rey debe consultar sobre todas las cuestiones que interesan al Estado (4).

3. Los *comitia curiata* comprendían los miembros de las treinta curias, patricios y clientes. Esta asamblea constituía, entre los romanos, la forma más antigua del Poder legislativo. Sus decisiones se convierten en leyes, *leges curiatae*. Procedía a la elección y a la investidura del rey. Estatua sobre la paz y la guerra, así como sobre los actos que interesan a la composición de las familias y a la transmisión de los bienes, es decir, la adrogación y el testamento (5).

Estos comicios se reunían en Roma sobre una parte del foro llamada *comitium*. El rey sólo tenía el derecho de convocarles y someterles los proyectos sobre los cuales estaban llamados a votar. Era menester, por otra parte, que los auspicios fuesen favorables para que la asamblea pudiera deliberar válidamente (6). La decisión de los comicios no era obtenida por el sufragio directo de los individuos. La unidad del voto es la curia. Dentro de cada curia se vota por cabeza para tener la opinión de la curia (7). Dieciséis curias pronunciándose en el mismo sentido forman la mayoría. Pero la ley no es perfecta más que cuando ha recibido la sanción del senado, la *auctoritas patrum* (8).

(11) Tito Livio, I, 38 [2, 3].—Dionis. de Hal., III, 29, *in fine*.

12. (1) Cicerón, *De republ.*, V, 2.—Dionis de Hal., II, 14.

(2) Florus, I, § 1: *Concilium reipublicae penes senes esset qui ex auctoritate Patres, ob aetatem Senatus vocabantur.*—Festus, V° *Senatores*.

(3) Cicerón, *De republ.*, II, 20.—Tito Livio, I, 35 [6].—V. n.º 13, nota 2.

(4) Cicerón, *De republ.*, II, 8 y 9.—Tito Livio, I, 49 [7].

(5) Aulo-Gello, *Noches at.*, V, 19.—XV, 27.—Cicerón, *De republ.*, II, 3 a 21.

(6) Cicerón, *De divinat.*, II, 55.—Dionis. de Hal., II, 6.—Los *auspicios* eran los indicios que los augures sacaban del vuelo de los pájaros, del apetito de los pollos sagrados y del estado del cielo. Había seis augures bajo los reyes. En 300, la ley *Ogulnia* eleva su número a nueve, de los cuales cinco eran plebeyos.

(7) Tito Livio, I, 43 [10]. Las mujeres y los impúberos estaban excluidos de los comicios por curias. En el mismo caso estaban, bajo los reyes, los plebeyos no clientes. Únicamente los patricios, y en participación con ellos sus clientes, estaban en el deber de votar, estos últimos como sus patronos.—Dionis. de Hal., II, 10.

(8) Este es un punto dudoso. La palabra *patres* es, en efecto, empleada en los textos para designar ya los patricios como los senadores. Así, muchos autores entienden la *aucto-*

13.—La organización que venimos trazando a grandes rasgos no tardó en presentar graves inconvenientes cuando el número de plebeyos no clientes llegó a ser considerable por consecuencia de las conquistas de Roma. Solos los patricios tenían la carga del impuesto y del servicio militar; pero solos también participaban de la vida política y social. La plebe permanecía extraña a las cargas públicas así como a la administración de la ciudad. Tarquino el Antiguo intenta el primero remediar esta desigualdad, y quiere establecer tres nuevas tribus compuestas de plebeyos. Pero la enérgica oposición del augur Navius le impide realizar su proyecto (1). Se contenta, conservando todos los antiguos marcos de las tres tribus y de las treinta curias, con aumentar el número de sus miembros, haciendo entrar en ellas un cierto número de familias plebeyas, las que, incorporadas a los patricios, fueron llamadas *minores gentes*, o, según la tribu de que formaron parte, los *Ramnenses*, *Titienses*, *Luceres secundi* (2). Esta medida era insuficiente y no podía tener más que un efecto temporal. Era menester una reforma más completa; ésta fué la obra de su sucesor.

II.—Reforma de Servio Tulio.—Los comicios por centurias.

14.—Servio Tulio, llegado a rey en el año 166 de Roma, evita el tropezarse con la resistencia que tenía paralizadas las intenciones de Tarquino. Deja subsistir la antigua organización patricia resultante de la distinción de las tres tribus primitivas y de los comicios por curias que eran su consecuencia. Pero establece una nueva división del pueblo, fundada no ya sobre el origen de los ciudadanos, sino sobre la fortuna de ellos, comprendiendo el conjunto de la población. Los plebeyos fueron de este modo llamados a concurrir con los patricios al servicio militar, al pago del impuesto y asimismo a la confección de la ley dentro de las nuevas asambleas, los *comicios por centurias*. He aquí el detalle de estas reformas:

1. Divide desde luego el territorio de Roma en cuatro regiones o *tribus urbanas*, y el campo romano en un cierto número de *tribus rústicas* (1). Esta división no está fundada, como la antigua, sobre la distinción de razas: es geográfica y administrativa. Cada tribu comprende de todos los ciudadanos que están domiciliados, sean patricios o plebeyos (2).

2. Servio Tulio estableció después el *censo*. Todo jefe de familia debe ser inscrito en la tribu donde tiene su domicilio, y se halla obligado a declarar bajo juramento, al inscribirse, el nombre y la edad de su

ritas patrum en el sentido de que era preciso un segundo voto de los comicios por curias para que la ley sea perfecta.

13. (1) Cicerón, *De republ.*, II, 20.—Dionis. de Hal., III, 71, 72.

(2) Aurelius Victor, *De vir.*, 6.—Dionis de Hal., III, 67.—Tito Livio, I, 35, 36.—Los jefes de estas familias aumentaron el número de senadores y fueron llamados *patres minorum gentium*.

N. del T.—Sobre la organización gentilicia, que precedió al Estado propia y verdaderamente tal, véase la genial obra de Carle, *Le origine del diritto pubblico è privato di Roma* (Turín, 1883). Y acerca de la cuestión, muy debatida entre los autores, de si la *auctoritas patrum* pertenecía o no a las curias, véase resumida y nuevamente discutida toda la materia en la obra de Enrique Serafini, *Il diritto pubblico romano* (Pisa, 1886).

14. (1) El número primitivo de las tribus rústicas es inseguro. El aumento de la población necesita más tarde la creación de nuevas tribus. Al principio del siglo VI hay, además de las cuatro tribus urbanas, 31 tribus rústicas. Este número no fué ya modificado.

(2) Según ciertos autores, estas tribus eran territoriales o reales, en el sentido de que cada ciudadano perteneciese a una tribu, no porque estuviese domiciliado, sino porque fuese propietario de inmuebles. Este cálculo está en desacuerdo con ciertos textos.—Cf. Tito Livio, I, 43 [13]: *Quadrifariam enim urbe diuisa regionibus collibusque, quae habitabantur partes, tribus eas appellavit.*

mujer y de sus hijos, así como el importe de su fortuna, dentro de la cual figuran sus esclavos. Aquel que no se sometía a esta obligación (*incensus*) era castigado con la esclavitud, y sus bienes confiscados (3). Las declaraciones estaban inscritas en un registro, donde cada jefe de familia tenía su capítulo, *caput*. Debían ser renovadas cada cinco años.

3. Haciendo el censo conocer la fortuna de cada ciudadano, Servio Tulio estableció sobre esta base una nueva repartición de la población, desde el punto de vista del servicio militar y del pago del impuesto.

Los ciudadanos fueron divididos en cinco clases, según que su patrimonio tenía un valor por lo menos de 100.000 ases para la primera, 75.000 ases para la segunda, 50.000 ases para la tercera, 25.000 ases para la cuarta y 11.000 ases para la quinta (4). Estas clases están divididas en *centurias*.

Cada una comprende un número igual de centurias de *juniores* (de diecisiete a cuarenta y seis años cumplidos) y de *seniores* (de cuarenta y seis a sesenta años) (5). Hay 80 centurias en la primera clase, la más importante por la riqueza; 20 centurias en la segunda, así como en la tercera y cuarta; 30 en la quinta; en total, por las cinco clases, 170 centurias de infantes, que componían el ejército regular. Se necesita añadir 18 centurias de jinetes, 6 de las cuales eran reclutadas entre los patricios, y 12 entre las familias más ricas de la ciudad. Los ciudadanos que tenían menos de 11.000 ases forman finalmente 5 centurias colocadas como séquito del ejército, bien a modo de obreros, o bien para llenar los vacíos de las tropas regulares (*accensi* o *velati*). El conjunto de ciudadanos está, por consiguiente, distribuido en 193 centurias (6).

El impuesto era pagado por los ciudadanos de las cinco clases y por aquellos que tienen por lo menos 1.500 ases; se les llama *assidui* (de *assendere*). Los ciudadanos que tienen menos de 1.500 ases se hallan exentos de impuestos. Estos son los *capite censi* o *proletarii* (de *prolem*

(3) Tito Livio, I, 44 [1].—Cicerón, *Pro Cecina*, 34.—Gayo, I, § 160.

(4) Tito Livio, I, 43 [1-7].—Dionisio de Halicarnaso (IV, 16), que expresa estas cifras en dracmas, está de acuerdo con Tito Livio para las cuatro primeras clases, pero indica para el censo de la quinta un valor de 12.500 ases.—En esta estimación de la fortuna de los ciudadanos es difícil saber lo que valía el as. Es probable que correspondiera, sobre poco más o menos, a un franco de nuestra moneda. De otra parte, parece cierto que se tenían en cuenta todos los elementos del patrimonio, y no solamente la fortuna territorial. La opinión contraria no tiene para ello ninguna razón decisiva y es contradicha por muchos textos.—Cf. Festus, V.º *Rodus*: *In aestimatione censoria aes infectum rudus appellatur*.

N. del T.—No se han puesto de acuerdo los autores respecto a la especie de ases que mencionan Tito Livio y Dionisio de Halicarnaso, porque no se acuñó moneda hasta los decenviros. Desde Servio Tulio se conoció el «*aes signatum*», o sea, un pedazo de metal marcado con la indicación del peso que tenía.

(5) Aulo Gelio, *Noches at.*, X, 28.—Tito Livio, XXII, 57 [9].—XLIII, 14 [6].

(6) Esta cifra es dada por Dionisio de Halicarnaso (IV, 10 y siguientes).—Tito Livio cuenta seis centurias fuera del Ejército regular y llega así a un total de 194. (I, 43 [3, 7, 8].)

N. del T.—Otros autores exponen que la primera clase del censo se dividía en 98 centurias; la segunda, tercera y cuarta, en 20 centurias cada una, y la quinta, en 30 centurias, agregándose dos centurias de ingenieros y tres de músicos, de modo que en total había 193 centurias, de ellas 175 de infantería y 18 de caballería, del modo que aparece en el siguiente cuadro:

Soldados	Clases	Centurias	Riqueza según el censo
<i>Equites</i>		18	<i>Census maximus</i>
<i>Pedites</i>	1.ª	80	100.000 ases
"	2.ª	20	75.000 ases
"	3.ª	20	50.000 ases
"	4.ª	20	25.000 ases
"	5.ª	30	11.000 ases
Ingenieros (<i>tignarii et aerarii</i>)		2	{ 6 12.000 ases
Músicos (<i>cornicines et tubicines</i>)		3	
Total.....		193	

dare), los que no se cuentan más que por su cabeza y por los hijos que puedan dar al Estado (7).

15.—De esta organización nace una nueva especie de asambleas del pueblo. Convocadas por el rey, las centurias se reunían en armas fuera de la ciudad sobre el Campo de Marte, para estatuir sobre los negocios que las están sometidos. Son los *comitia centuriata*, que comprenden el pueblo entero, patricios y plebeyos. La unidad del voto es la centuria (1). Los *seniores*, que son, naturalmente, menos numerosos que los *juniores*, cuentan, sin embargo, un número igual de centurias, y así tienen el mismo número de votos. Se consultaba desde luego a las 18 centurias de caballeros. Después se pasaba a las 80 centurias de la primera clase, las cuales son consultadas según el orden fijado por la suerte. Cuando estas 98 centurias votaban en el mismo sentido, formaban la mayoría y es inútil consultar a las otras. De hecho, el poder pertenece, por consiguiente, a la parte más rica de la población (2).

La decisión votada en los comicios por centurias, *lex centuriata*, no era obligatoria hasta después de haber recibido la sanción del senado, la *auctoritas patrum* (3). La influencia de los patricios estaba de este modo protegida. Es difícil precisar cuál fué desde su origen el papel de estas nuevas asambleas. Lo que es cierto es que no hicieron desaparecer los comicios por curias, quienes conservan, bajo la monarquía, sus antiguas atribuciones.

16.—Por virtud de estas reformas, Servio Tulio obtiene un triple resultado: 1. Asegura el reclutamiento del Ejército, abriendo sus filas a todos, patricios y plebeyos, fijando los cuadros de antemano de una manera permanente.—2. Distribuye la carga del impuesto sobre todos los ciudadanos proporcionalmente a su fortuna.—3. Finalmente, sustituye la preponderancia en el Estado. Hasta allí pertenecía a la nobleza de raza, a los patricios, y pasa a la aristocracia de fortuna, a los ciudadanos más ricos, cualquiera que sea su origen. En lo sucesivo, los plebeyos tienen su puesto en las asambleas; participan de las cargas del servicio militar y del impuesto; pero necesitan más de dos siglos todavía para conquistar la igualdad.

III.—La República.—Los tribunales.—Los «concilia plebis».—Los comicios por tribus.

17.—En el año 245 de Roma, la monarquía es derribada. El rey es sustituido por dos magistrados patricios, elegidos por un año y teniendo iguales poderes, los *cónsules*. A un mismo tiempo, la autoridad religiosa es separada de los Poderes civiles y confiada al gran pontífice. Este cambio no aprovecha apenas a los plebeyos, quienes permanecen excluidos de todas las magistraturas. En el orden privado, la situación de los plebeyos pobres, es decir, de la mayoría, es de las más desdichadas. Arrebatados al cultivo de la tierra por las guerras incesantes, son obligados a pedir prestado dinero a los patricios y a los plebeyos más ricos, que hicieron causa común con el patriciado. Los exagerados intereses vinieron a aumentar las deudas, y los deudores, en la imposibi-

(7) Cf. Cicerón, *De republ.*, II, 22.—Aulo-Gelio, *Noches at.*, XVI, 10.

15. (1) Aulo-Gelio, *Noches at.*, XV, 27: *In eodem libro (Laelii Felicis), hoc scriptum est: cum ex generibus hominum suffragium feratur, curiata comitia esse; cum ex censu et aetate, centuriata; cum ex regionibus et locis, tributa.*—El fin de este texto hace alusión a los comicios por tribus. (V. n.º 18 in fine.)

(2) Tito Livio, I, 43 [11].—Dionis, de Hal., IV, 20.

(3) Cicerón, *De republ.*, I, 32.—Se vuelve a encontrar aquí la controversia ya señalada sobre la *auctoritas patrum*.—V. n.º 12, nota 8.

lidad de pagar, se ven expuestos a todos los rigores que el derecho primitivo autoriza contra ellos; la prisión en casa del acreedor, donde eran tratados como esclavos.

En 260, los plebeyos, empujados al cabo, toman una resolución enérgica: salen de Roma y se retiran al monte Aventino. Los patricios se deciden entonces a hacer una importante concesión. Sobreviene una especie de tratado, con arreglo al cual la plebe obtiene protectores de sus intereses. Estos son dos magistrados exclusivamente plebeyos: los *tribuni plebis* (1).

Son declarados inviolables y armados de un derecho de *veto* que pueden oponer, en Roma y dentro de un radio de una milla alrededor de Roma, a las decisiones de todos los magistrados, lo mismo que a las de los cónsules y del senado (2).

18. Luego que fueron establecidos, los tribunos toman la costumbre de reunir la plebe en las asambleas, en donde deliberan y votan las resoluciones, llamadas *plebiscitos*, que no tienen fuerza obligatoria más que para ella misma. Los patricios, a los que los tribunos no tenían por lo demás el derecho de convocar, no asistieron jamás a estas reuniones, o *concilia plebis* (1). Es difícil saber con arreglo a qué base se forman desde luego los *concilia*. Mas, en seguida, los tribunos convocaron a los plebeyos, sobre el foro, conforme al domicilio de ellos, es decir, por *tribus*.

Esta costumbre no tarda en ejercer su influencia sobre las asambleas del pueblo entero. En una fecha incierta, pero probablemente anterior al año 283, los magistrados patricios, en lugar de reunir al pueblo por centurias, sobre el campo de Marte, le convocaron por tribus sobre el foro. Este fué el origen de una tercera especie de comicios, los *comicios por tribus*, *comitia tributa*, a los cuales no fueron desde luego sometidos más que los negocios menos importantes. La unidad del voto en estas nuevas asambleas era la tribu; la preponderancia pertenecía a los plebeyos, que tenían para ellos el número.

19.—En la lucha para conquistar la igualdad, la plebe encuentra entre los tribunos defensores ardientes. Gracias a sus esfuerzos obtiene pronto una nueva concesión: la de una ley fija, conocida de todos y aplicable a todos, que no la dejase por más tiempo expuesta a los rigores arbitrarios de los magistrados patricios. Esta fué la ley de las XII tabas. Pero antes de hablar de este acontecimiento capital en la historia del Derecho Romano veamos cuáles eran en esta época las fuentes y el estado del derecho privado.

IV.—Estado del Derecho antes de la ley de las XII tabas.

20.—Durante los tres primeros siglos de Roma, el derecho privado tenía su fuente única en los usos que estaban en vigor entre los fundadores de la ciudad, y que han pasado, por tradición, de las poblaciones primitivas a la nación nueva. Estas son las costumbres de los antepasados, *more majorum* (1).

17. (1) Tito Livio, II, 33 [1, 2, 3].—Cicerón, *De republ.*, II, 33, 34.—A partir del año 297 existían 10 tribunos. Parece que los primeros fueron elegidos por las curias (Cicerón, *Pro Cornet.*, 1). Desde el año 283, una ley *Publilia*, confía el nombramiento a las tribus.—Tito Livio, III, 30 [5, 6, 7].

(2) Cicerón, *De legib.*, III, 3, 9.—Tito Livio, III, 55 [6, 7]. V., sin embargo, número 25, nota 2.

18. (1) Lallius Félix, según Aulo Gellio, *Noches at.*, XV, 27: *Is qui non universum populum, sed partem aliquam adesse jubet, non comitia sed concitium edicere debet. Tribuni autem neque advocant patricios, neque ad eos refertur de re ultia possunt: ita ne leges quidem proprie, sed plebiscita appellantur, quae tribunis plebis ferentibus accepta sunt.*

20. (1) Dionis. de Hal., X, 57.—Aulo Gellio, *Noches at.*, V, 13.

Es cierto que el pueblo toma las decisiones en los comicios por curias y por centurias, y desde entonces parece que las leyes han de ser votadas en estas asambleas. Pero nada hay en este punto bajo la Monarquía (2). Solamente se encuentran, a partir de la República, leyes centuriadas relativas al derecho público, en particular al derecho criminal (3). Sobre derecho privado no se puede citar ninguna, o, por lo menos, no se posee ningún documento que tenga suficiente carácter de autenticidad.

Sin embargo, el jurisconsulto Pomponio refiere que Rómulo y sus sucesores hicieron votar leyes por las curias; que bajo Tarquino el Soberbio, un cierto Papirio, personaje de los más importantes de su tiempo, las publica en una colección llamada *Jus civile papirianum*; y, finalmente, que estas leyes reales, *leges regiae*, cayeron en desuso después de la expulsión de los reyes. Sabemos de otra parte que en una fecha incierta, acaso bajo Julio César, Graciano Flacco hizo un comentario del *Jus papirianum* (4). Esta colección no ha llegado a nosotros; mas la existencia de las *leges regiae* no parece contestable, porque los antiguos historiadores y lo mismo las obras de derecho hacen a ellas frecuente alusión (5). Las disposiciones que traen tienen, sobre todo, el carácter del derecho sagrado; sin embargo, algunas se refieren a cuestiones que tienen conexión con el derecho privado, como las relaciones del patrón con sus clientes, los derechos del jefe de familia (6). No obstante la afirmación de Pomponio, la misma naturaleza de estas prescripciones ha permitido a muchos autores negar que ellas hayan sido verdaderas leyes curiadas, porque el derecho sagrado estaba en manos de los pontífices (7) y el pueblo no era apenas consultado sobre cuestiones de este género. ¿Es preciso ver en ellas con preferencia la obra personal que rindieron los reyes en calidad de jefes de la religión de las leyes inspiradas por los dioses, como la leyenda ha dicho del rey Numa? ¿Es necesario considerarlas como una publicación apócrifa de fin de la República, conteniendo en realidad antiguas reglas consuetudinarias falsamente atribuidas a la autoridad real? Esta última conjetura parece la mejor fundada, pero es difícil decir en dónde está la verdad.

En resumen: el derecho privado no tiene en este período más que una fuente cierta: la *costumbre*. La falta de precisión de sus reglas favoreció el arbitrio de los magistrados patricios encargados de la administración de justicia, no solamente en orden del derecho privado, sino también para la represión de crímenes y delitos. Los tribunos fueron los intérpretes de las justas reclamaciones de la plebe. Pidieron la redacción de una ley que rigiera igualmente para todos los ciudadanos. Después de diez años de resistencia, los patricios cedieron por último; el senado y los tribunos se pusieron de acuerdo, y fué convenido que una ley aplicable a los dos órdenes sería redactada y promulgada. Esta ley fué la de las XII tablas (8).

(2) Se ha convenido en rechazar como legendario el relato de Dionisio de Halicarnaso, según el cual Servio Tulio había hecho votar por los comicios cerca de 50 leyes sobre contratos y delitos, leyes que su sucesor había abrogado.—Cf. Dionis. de Hal., IV, 13, 43.

(3) Tito Livio, I, 26 [6, 7].—Según Cicerón (*De republ.*, II, 31), la primera ley centuriada ha sido la ley *Valeria* (año 245), que concedió a todo ciudadano romano el derecho de apelar al pueblo, reunido en los comicios por centurias, de las penas capitales declaradas por los magistrados.—V. n.º 68, *in fine*.

(4) Cf. L. 2, §§ 2 y 3, D., de *orig. jur.*, I, 2.—Servio, *Ad Aeneid.*, XII, 836.—Paulo, L. 144, D. de *verb. sign.*, L. 16.—Censorino, III, 2.

(5) Cicerón, *De republ.*, II, 14.—V. 2.—Tito Livio, VI, 1 [10].—Tacito, *An.*, III, 26. Dionis. de Hal., IV, 13.—Macrobio, *Saturn.*, I, 13.—Para los textos jurídicos, véase la nota siguiente.

(6) Cf. Dionis. de Hal., II, 10, 15, 26, 27.—Plutarco, *Romulus*, 22.—Numa, 12.—Festus, V.º *Plorare*.—Marcelo, L. 2, D., de *mort. infer.*, XI, 8.—Lex Del, I, 4, c. 8.

(7) Festus, V.º *Rituales*.—Cicerón, *De republ.*, II, 31.

(8) N. del T.—Es opinión de muchos autores que, además de la costumbre, como principal fuente de Derecho, especialmente del privado, en esta época, se presentaba éste

V.—La ley de las XII tabas.

21.—Si es necesario dar crédito al relato de ciertos historiadores, los romanos quisieron primeramente ilustrarse por el estudio de una legislación célebre entonces: la del Grecia. Hacia e año 301, tres patricios fueron enviados a las ciudades griegas de la Italia meridional, donde las leyes de Solón y de Licurgo estaban en vigor y, acaso también, lo que es mucho más dudoso, hasta Atenas. Regresaron al cabo de un año, trayendo las leyes griegas. Hermodoro, desterrado de Efeso, los auxilia en su misión y toma una parte importante en la confección de la ley de las XII tabas, tanto que los romanos le elevaron una estatua que Plinio dice existir todavía en su tiempo (1). La veracidad de esta tradición ha sido debatida por la crítica moderna; pero nos parece apoyada sobre testimonios demasiado precisos para no ser aceptada, y, por otra parte, muchas disposiciones de la ley de las XII tabas están manifiestamente inspiradas por las leyes griegas (2).

En 303, año que sigue al regreso de la legación, las magistraturas ordinarias fueron suspendidas de común acuerdo, y todos los poderes fueron confiados a diez magistrados patricios, elegidos en los comicios por centurias, los *decenviros*, que fueron encargados de hacer la ley. Al cabo de un año publicaron sus trabajos, escritos sobre diez tabas, que recibieron la consagración de un voto de los comicios por centurias. Pero esta legislación pareció insuficiente, y, en 304, se eligen otros *decenviros*, que redactaron dos nuevas tabas, complemento de las diez primeras. Después, habiendo querido mantenerse ilegalmente en el Poder, fueron derribados. Entonces se restablecen los cónsules, los tribunos y todas las antiguas magistraturas.

bajo dos formas, *fas* y *jus*, o sea como precepto emanado de la religión y sancionado por ella, o como facultad de hacer el individuo, ejercitada conforme a las decisiones del Poder público y bajo la protección del Estado. Comprendía el *fas*, tanto la religión en cuanto tomaba aspecto jurídico, como el derecho en cuanto se relacionaba con la religión. El *jus* es de origen humano; el *fas* se funda en la voluntad de los dioses: aquél es variable y perfectible; éste es inmutable, mientras los mismos dioses no quieran cambiarlo. La fuerza obligatoria del *jus* descansa en el acuerdo general del pueblo, y su inobservancia no lesiona sino los derechos puramente humanos; el *fas*, como de origen divino, no puede ser violado sin ultrajar a los dioses.

Respecto a las *Leges regiae*, el hecho del *Jus Papirianum* y las opiniones acerca del contenido del mismo no autorizan a negar la existencia de verdaderas leyes en el período regio, puesto que, si bien en restringido número, fueron ciertamente dictadas algunas. Véase, sobre esta materia, Voigt (*Ueber die leges regiae*, Leipzig, 1876-77); Mommsen (*Staatsrecht*, II, 1, 40 y siguientes); Carle (*Origini del dir. rom.*, págs. 310-324); Ferrini (*Storia delle fonti del diritto romano*, pág. 1 y siguientes); Padeletti-Cogliolo (*Storia del diritto romano*, Florencia, 1886, pág. 101); Landucci (*Storia del diritto romano*, Padua, año 1896, pág. 75 y siguientes), y Krüger (*Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano*, Madrid, *La España Moderna*, pág. 5 y siguientes). Algunos escritores modernos se han ocupado en restaurar las *leges regiae*, determinando las que son auténticas y las que no lo son, pudiendo citarse como trabajos más notables sobre este punto el de Dirksen y el de Mauricio Voigt. Según éste, dichas leyes reales son catorce las indudablemente auténticas. De ellas, cuatro son conocidas por su texto literal, y diez por noticias de los escritores. A las primeras pertenecen la ley de Rómulo contra la nuerca que faltase al respeto a su suegra; la ley de Numa, contra el homicidio de un hombre libre, y la sanción penal del mismo rey contra un delito que no se expresa; y, por último, la de Tulio Hostilio contra los hijos que maltratasen a sus padres.

A las segundas corresponden tres leyes de Rómulo y otras tres de Numa, dos de Tulio Hostilio y otra cuyo autor y cuya época no pueden precisarse.

21. (1) Cf., sobre esta tradición y sobre la confección de la ley de las XII tabas en general: Tito Livio, III, 31 [8], 33 [5].—Dionis. de Hal., X, 51 a 58.—Aulo Gellio, *Noches at.*, XX, 1.—Plinio, *Hist. nat.*, XXXIV, 11 [2].—Pomponius, L. 2, § 4, D., de orig. jur., I, 2.

(2) Las prestaciones de este género son citadas por Gayo (L. 13, D., fin reg., X, 1.—4, L., D., de colleg., XLVII, 22) y por Cicerón (*De legib.*, II, 23 y 25).

22.—La ley decenviral, grabada sobre tablas de bronce o de roble, fué expuesta en el foro. Cualquiera que haya sido la suerte de estas tablas, el texto era todavía familiar a los juriconsultos de fin de la República y de los primeros siglos del Imperio; varios hicieron de ellas comentarios. Pero el contenido auténtico de las XII tablas no ha llegado a nosotros, y no poseemos más que los fragmentos conservados por los tratados de los juriconsultos que han comentado la ley de las XII tablas, sobre todo por el de Gayo, del cual han sido insertados 18 extractos en el Digesto de Justiniano, y también por las obras de los antiguos autores que se han ocupado de explicar ciertas expresiones de la vieja lengua latina empleada por los decenviros. Tomando lo necesario de estas diferentes fuentes, se ha intentado, desde el siglo XVII, reconstituir la ley de las XII tablas, y se ha llegado a restablecer una gran parte, si no en el texto primitivo, al menos en su significación general (1). También se ha probado a colocar estos fragmentos por orden, y hallar cuál había sido el objeto de cada tabla. Mas, excepto raras indicaciones suministradas por algunos autores (2), este trabajo no descansa sobre ninguna base seria, pues no está de ningún modo probado que cada tabla haya formado un todo completo y que el contenido haya sido determinado de otro modo que por el azar de la escritura (3).

Con arreglo a lo que nos queda, se ha podido comprobar que la ley decenviral tiene un carácter esencialmente romano, y que ella no es de ningún modo, como a veces se ha pretendido, una simple copia de las leyes griegas. Si las prestaciones de esta legislación son indiscutibles, la mayor parte de la ley de las XII tablas parece ser, o la obra personal de los decenviros, o más bien la consagración de antiguas costumbres, a las cuales de este modo se las concedió una nueva fuerza.

23.—La ley de las XII tablas reglamentó a la vez el derecho público y el derecho privado. Los romanos la consideraron como la fuente propia de su derecho (1). Es la *ley*, por excelencia, y todo lo que de ella deriva es calificado de *legitimum* (2). Además, las leyes posteriores no han hecho frecuentemente más que desenvolver el derecho de las XII tablas, y jamás, hasta Justiniano, ninguna de sus disposiciones ha sido objeto de una revocación expresa. Los antiguos autores alabaron con una admiración un poco exagerada su concisión y su sencillez. Mas es necesario reconocer que ciertas reglas tienen huellas de un rigor excesivo, y el mismo Cicerón se considera obligado a moderar el elogio, reconociendo que las dos últimas tablas contenían leyes inicuas (3).

22. (1) Jacobo Godefroy es el autor del primer ensayo de restitución de las XII tablas, en 1616. Después de esta época, los trabajos, purificados por una crítica más rigurosa, han sido publicados, sobre todo por Dirksen, en 1824, por Rudolf Schaell en 1866 y por Voigt en 1883.

(2) Así, conforme a Cicerón (*De republ.*, II, 37), por una de las dos últimas tablas estaba prohibido el matrimonio entre patricios y plebeyos; según Dionis. de Hal. (II, 26 y 27), en la cuarta estaban regulados los derechos del padre de familia sobre la persona de sus hijos.

(3) He aquí cuál es el orden generalmente adoptado, según las inducciones sacadas de los fragmentos que nos quedan del comentario de Gayo.—I y II. *De la organización judicial y del procedimiento*.—III. *De la ejecución de los juicios contra los deudores insolventes*.—IV. *De la potestad paternal*.—V. *De las sucesiones y tutelas*.—VI. *De la propiedad*.—VII. *De las servidumbres*.—VIII. *De los delitos y quizá de las obligaciones en general*.—IX. *Del derecho público*.—X. *Del derecho sagrado*.—XI y XII. *Suplemento a las diez primeras tablas*.

23. (1) Tito Livio, III, 34 [6]: *Fons omnis publici privatique est iuris*.—Floro, I, 24: *In duodecim tabulis tota iustitia*.

(2) Así se han llamado tutelas legítimas y sucesiones legítimas a las que son organizadas por las XII tablas. Cf. Ulp., X, 1, § 3.—XII, § 1.

(3) Cf. Cicerón, *De orat.*, I, 44.—*De legib.*, II, 23.—*De republ.*, II, 37.—Aulo-Gelio (*Noches at.*, XX, 1) refiere una interesante discusión, en la cual el juriconsulto Caccilius y el filósofo Favorinus hacen resaltar, uno después del otro, las cualidades y defectos de la ley de las XII tablas.

Tal legislación estaba lejos, en efecto, de dar entera satisfacción a la legítima ambición de los plebeyos y de otorgarles la igualdad que reclamaban. Ellos quedaban excluidos de todas las magistraturas y les estaba prohibido contraer un matrimonio legítimo con los patricios. Mas por grandes que fuesen las imperfecciones de la ley de las XII tablas, realizó un verdadero progreso. En lo sucesivo, había una ley pública, aplicable a todos, y, si es cierto que una nación está constituida cuando tiene una legislación que rige a todos los ciudadanos, puede decirse que la ley de las XII tablas muestra realmente la fundación de la ciudad romana (4).

SEGUNDO PERÍODO

De la ley de las XII tabas al fin de la República

I.—Progreso de los plebeyos.—Fusión de los dos órdenes.

24.—Durante este período, los plebeyos, por un progreso lento pero continuado, obtienen por fin lo que habían esperado inútilmente de la ley de los decenviros: la igualdad con los patricios, tanto en el derecho público como en el derecho privado. Al final del siglo V es una conquista definitivamente acabada. Nosotros nos limitaremos a indicar en esta última parte de la lucha lo que es útil de conocer para el desarrollo del derecho.

25.—Después del año 309, el tribuno Canuleyo obtiene, tras largos debates, el voto de la ley *Canuleia*, que permite el legítimo matrimonio entre patricios y plebeyos. Esta fué una de las victorias más importantes; ella sola debía traer al cabo de cierto tiempo la mezcla completa de razas y la fusión de los dos órdenes (1).

Hacia la misma época, los patricios comprenden que no podían impedir por más largo tiempo todavía a los plebeyos el acceso a la más alta magistratura: el consulado. Acaso por este motivo, y también porque los cónsules, retenidos con demasiada frecuencia a la cabeza del Ejército, no tenían lugar de emplear el tiempo en sus funciones administrativas, ciertas atribuciones son sucesivamente separadas del poder consular y erigidas en dignidades distintas, que quedan largo tiempo

(4) N. del T.—Es útil, respecto a la historia del origen de las XII tablas, ver a Tito Livio en su *Historia romana*, III, 9, 54; Dionis. de Hal., *Antigüedades romanas*, X, 1, 60, y Pomponio, I, 1, 2, fr. 2, párrafos, 3, 4, 24.—También debe consultarse Landucci, *Storia* I, § 27, pág. 79 y siguientes; Padeletti-Cogliolo, pág. 104; Voigt, *Die XII Tafeln*, Leipzig, año 1883; Pais, *Storia di Roma*, I, I, pág. 558 y siguientes; Lambert *Etudes de Droit civil comparé*, I, 1903; Ch. Appleton, *Mélanges. L'histoire traditionnelle des XII tables*, pág. 503 y siguientes, y Girard, *La question de l'authenticité des XII tables et les annales maximi*, en la *Nouvelle Revue Historique*, 1902, pág. 149 y siguientes.

Se han hecho varios ensayos de reconstrucción del texto del famoso Código. En el siglo XVII se publicó el ensayo hecho por Jacobus Gothofredus, que es el mejor trabajo de esta clase entre los que se han realizado antes del pasado siglo. Su mérito consiste, principalmente, en haber desechado muchos fragmentos que hasta entonces se había creído pertenecían al Código decenviral, en haber depurado el texto de otros fragmentos y en haber intentado determinar el orden que tuvieron en las primitivas tablas las leyes que han llegado a nuestro conocimiento. Después se han hecho nuevos ensayos de restitución, mereciendo citarse el de Dirksen, en 1824; el de Ortolán, que es posterior, y el de Schoell (*Legis XII tabularum reliquia*, Leipzig, 1866), que ha mejorado notablemente la obra con el auxilio de la filosofía.

La mejor reconstrucción es la de Schoell, que, con ligeras modificaciones ha sido aceptada por Bruns (*Fontes*, págs. 17-40) y por Girard (*Textes de droit romain*, pág. 9-22). La obra ya citada de Voigt es muy útil para conocer el antiguo Derecho Romano, pero es un tanto arbitraria la restauración de textos, y, en general, menos segura que la de Schoell.

25. (1) Cicerón, *De republ.*, II, 37.—Tito Livio, IV, 1 a 7.

todavía reservadas a los patricios. Así es como, en 307, se crean dos *cuestores*, a los que se confía la gestión del Tesoro público; en 311, dos *censores*, encargados de las operaciones del censo, guardianes de las costumbres públicas y privadas (2); en 387, el *pretor*, a quien pertenece en lo sucesivo la administración de justicia (3), y el mismo año, los *ediles curules*, encargados de la alta policía de la ciudad (4). Desde el año 333, los plebeyos pueden ser cuestores, y el número de estos magistrados fué elevado a cuatro. Pero en el mismo año de la creación del pretor fué cuando, merced a los esfuerzos de los dos tribunos Licinio Stolo y Lucio Sexto, los plebeyos llegaron al consulado (5). Desde entonces, las demás magistraturas no tardaron en ser abiertas para ellos, y llegan a la dictadura en 398, a la censura en 403, a la pretura en 417. Por último, en 454 los plebeyos se colocan entre los pontífices y los augures, y en 500, uno de ellos, Tiberio Coruncanio, es elevado a la dignidad de gran pontífice.

Por consecuencia de estos cambios, la composición del senado fué modificada. Según una ley *Ovinia*, cuya fecha es incierta, los censores tenían el derecho de nombrar los senadores y debían escogerlos desde luego entre los antiguos magistrados (6). Resulta, pues, que los plebeyos, el día en que tuvieron acceso a las magistraturas, llegaron al senado y no tardaron en figurar en él con mayoría.

26.—De otra parte, en 468, la ley *Hortensia* había dado fuerza legal a los plebiscitos votados por los plebeyos en los *concilia plebis*, decidiendo que en lo sucesivo serían obligatorios para todos los ciudadanos. Antes, otras dos leyes, la ley *Valeria Horatia*, en 305, y una ley *Publilia*, en 415, son consideradas como realizadoras del mismo progreso; por lo menos, los historiadores refieren su objeto y contenido en términos idénticos (1).

Pero es difícil creer que desde el año 305, en una época en que el tribunado es la sola magistratura plebeya, y en que la lucha es ferviente entre los dos órdenes, la plebe haya obtenido una ventaja tan importante. Sin duda, estas tres leyes, que se han sucedido en largos intervalos, presentan entre ellas diferencias importantes que nosotros ignoramos (2). El solo punto cierto es que, después de la ley *Hortensia*, los

(2) Los dos censores no podían tomar una decisión, a menos que estuviesen de acuerdo; pero no estaban sometidos al veto de los tribunales. Sus poderes duraban cinco años, intervalo de las operaciones del censo.—V. n.º 135. 1.

(3) Cicerón, *De legib.*, III, 3.—*Ad fam.*, X, 12.—V. n.º 711. 1.

(4) Tito Livio, VI, 42 [14].—Pomponio, L. 2, § 26, D., *De orig.*, I, 2.—Cicerón, *De leg.*, III, 3.—V. n.º 711. 1.—Los ediles *curules* derivan su nombre de la *sella curulis*, sobre la cual estaban sentados, y que era reservada a los magistrados patricios.

(5) Tito Livio, 35 a 42.—Appien., *De bel. civ.*, I, 8.—El mismo Lucio Sexto fué el primer cónsul plebeyo.—Tito Livio, VI, 42 [9].

(6) Se trata de esta ley *Ovinia* en un texto de Festus. V.º *Praeterti*. Es un plebiscito que se coloca entre el año 417 y el año 442 de Roma.

26. (1) Según Tito Livio, la ley *Valeria Horatia* resolvía: *Ut quod tributim plebes jussisset populum teneret* (III, 55 [3]) y la ley *Publilia*, *Ut plebiscita omnes Quirites tenerent* (VIII, 12 [14]). Aulo Gelio, por su parte, dice de la ley *Hortensia*: *Quibus rogationibus ante patricii non tenebantur donec Q. Hortensius dictator eam legem tulit ut eo jure quod plebes statuisset omnes Quirites tenerentur.* (*Noches at.*, XV, 27).

(2) Según una conjetura admitida por muchos autores, la ley *Valeria Horatia* había decidido que los plebiscitos tenían fuerza de ley cuando habían obtenido la aprobación del senado. En virtud de la ley *Publilia*, los tribunos debían obtener el asentimiento del senado antes del voto (Appien., *De bel. civ.*, I, 59). Por último, la ley *Hortensia* había suprimido completamente la necesidad de la sanción senatorial.

N. del T.—Se ha discutido, en efecto, acerca de si estas tres leyes, cuyas fórmulas no difieren notablemente entre sí, establecieron la forma de dar validez a tres diversas especies de plebiscitos, o fueron otros tantos recursos contra las astucias y los pretextos alegados por los patricios para eludir la ley, repitiendo, en forma cada vez más clara, la proclamación del mismo principio. Y esta última opinión parece la más aceptable, y la corrobora poderosamente la consideración de que los tres momentos sucesivos coinciden con importantes corrientes de la opinión pública en Roma, en especial el tercer momento, que comienza con la última secessio. Véase Ihne, *Die Entwicklung der römischen Tributumitien*, en el *Rheinisches Museum für Philologie*, nueva serie, vol. XXVIII, págs. 353-379.

plebiscitos tienen definitivamente fuerza de ley sin ser sometidos a la *auctoritas patrum*. La misma resolución debe aplicarse con más razón a las leyes votadas por el pueblo en los comicios por tribus.

Mientras que esta transformación se realizaba, veamos cuáles eran las fuentes que nutrían el derecho.

II.—Desarrollo del Derecho.

27.—Después de la caída de los decenviros, los comicios por centurias, que habían ratificado la ley de las XII tablas, prosiguieron investidos del Poder legislativo y le ejercieron solos, poco más o menos, al principio de este período. Pronto apareció una fuente importante de derecho escrito: los *plebiscitos*. Pero, sobre todo, el derecho no escrito es el que se desarrolla gracias a la *interpretación de los jurisconsultos* y al *edicto de los magistrados*.

28.—I. *Las leyes*.—1. Los comicios por curias se reunieron todavía bajo la República. Parece probable que la plebe fué admitida a tener participación en ellos, y esta admisión debe ser anterior al año 545, en que un plebeyo fué nombrado jefe de una curia, *curio maximus* (1). Pero la preponderancia pasó a los comicios por centurias, cuya composición es más apropiada al nuevo estado social. También la competencia de las curias se redujo a ciertos negocios en que la religión estaba interesada, tales como la consagración de los testamentos, de las adrogaciones y la investidura de magistrados. Asimismo se llega, hacia el fin del siglo vi, a que los patricios cesasen de dirigirse a estos comicios, y la asamblea de las curias fué desde entonces representada por los treinta *lictors* que estaban encargados de convocarlas (2).

2. Los comicios por centurias adquieren, por consiguiente, el primer lugar y llegan al *comitatus maximus*. Dan su voto sobre los proyectos de leyes, que son propuestos frecuentemente por un cónsul; y, desde el año 415, las *leyes centuriadas* no tienen necesidad de ser ratificadas por el senado, pues una *ley Publilia* resuelve que la *auctoritas patrum* debe ser concedida antes del voto (3). En el siglo vi, entre los años 517 y 538, la organización de los comicios por centurias fué modificada; reciben un carácter más democrático, y la influencia de la riqueza fué atenuada. Mas los historiadores que atestiguan esta reforma no hacen conocer este punto al detalle. Acerca de esto no se puede hacer más que conjeturar, y sólo es cierto el resultado (4).

3. Por último, los comicios por tribus, que tienen su origen hacia el fin del siglo iii (V. n.º 18), son bastante frecuentemente reunidos en

28. (1) Tito Livio, XXVII, 8 [3].

(2) Cicerón, *De lege agrar.*, II, 11 y 12.—*In Rut.*, II, 12.

(3) Tito Livio, VIII, 12 [14 y 15]. Los autores que opinan que la *auctoritas patrum* dimanaba, no del senado, sino de los comicios por curias, ven en esta ley *Publilia* la causa que, arrebatando a estos comicios la más importante atribución, les hizo poco a poco decaer y les redujo a una reunión de treinta *lictors*.

(4) Tito Livio, I, 43 [12 y 13].—Dionis. de Hal.—IV, 21, *in fine*.—Según la conjetura más acreditada, se tomaba por base la tribu local. Cada una de las 35 tribus había sido dividida en cinco clases, y cada clase en dos centurias, una de *seniores*, la otra de *juniores*: son 250 centurias, a las cuales se añaden las 18 centurias de caballeros y las cinco de obreros y de *accensi*: en total, 273 centurias; de este modo las centurias de las primeras clases son a distancia y en lo sucesivo las que forman la mayoría; las clases siguientes son necesariamente consultadas. Un texto de Cicerón (*De republ.*, II, 22), autoriza otra conjetura. Atribuye 70 centurias a la primera clase, en lugar de 80, y fija en 89 el número de sufragios de esta clase, añadiendo a las 70 centurias de ciudadanos que la componen, las 18 centurias de caballeros y una centuria de obreros que votan con ellos. Suponiendo el acuerdo de estas 80 centurias, se hace preciso consultar todavía ocho centurias de la segunda clase para tener la mayoría de 97. Se puede admitir que estas cifras se refieren a la nueva organización.

este período. Sin embargo, no tienen más que una importancia secundaria; se les opone al *comitiatus maximus*, bajo el nombre de *comitia leviora* (5). Y se ocupan, sobre todo, de la elección de los magistrados inferiores.

Los magistrados que presiden los comicios por centurias o por tribus, cónsules o pretores, apenas si hacen votar más que las leyes relativas al derecho público. En cuanto al derecho privado, la actividad legislativa se manifiesta en los *concilia plebis*, presididos por los tribunos, y el interés durante este período se concentra sobre los plebiscitos.

29.—II. *Los plebiscitos*.—Los *plebiscitos* eran las decisiones tomadas por la plebe en los *concilia plebis* sobre la proposición de un tribuno, y que se aplicaban desde luego a ella sola. Pero a partir de la ley *Hor-tensia*, en 468, regían lo mismo para los patricios que para los plebeyos. Desde entonces son verdaderas leyes, y los textos les dan en general esta calificación (1). Aunque votados en las asambleas en que domina el mayor número, emanan de la parte más prudente de la población. En efecto, el voto tiene lugar en la mayoría de las tribus; ahora bien: los plebeyos pobres y todos los libertos estaban repartidos en las cuatro tribus urbanas, mientras que las tribus rústicas, en número de 31, estaban compuestas, sobre todo, de propietarios territoriales (2).

Los plebiscitos relativos al derecho privado son numerosos durante los últimos siglos de la República. Entre los más importantes, nosotros nos contentaremos con citar: la ley *Cincia*, sobre donaciones (año 550; V. n.º 420); la ley *Aquilia*, de fecha incierta, sobre el daño causado injustamente (V. n.º 454); la ley *Falcidia*, sobre los legados (año 714; V. n.º 644).

30.—III. *La costumbre*.—Al lado del derecho promulgado se desarrolla el *derecho no escrito*. Éste toma su autoridad en el consentimiento tácito del pueblo, que puede hacer la ley, no solamente manifestando en las asambleas su voluntad expresa, sino también, más seguramente acaso, consagrando por un *largo* uso una institución o una regla de derecho (1). Los progresos de la costumbre son favorecidos por la feliz influencia de los jurisconsultos, cuya autoridad y crédito se ve aparecer y progresar en este período.

31.—*La interpretación de los pontífices y jurisconsultos*.—*Jus civile*.—La ley de las XII tablas era conocida de todos. Mas sus disposiciones, muchas veces demasiado concisas, tenían necesidad de ser interpretadas: era útil perfeccionarlas y llenar sus lagunas. Era menester, por otra parte, fijar las formas de los actos jurídicos y los detalles del procedimiento, del cual la ley de las XII tablas no había determinado más que líneas generales y casos de aplicación. Era el procedimiento de las *legis actiones*, que consistía en formalidades simbólicas y palabras solemnes (V. n.º 715). Estando todo minuciosamente regulado, la menor omisión llevaba consigo la pérdida del proceso. Esta elaboración lenta, pero continua, llamada *interpretatio*, fué, desde luego, la obra exclusiva

(5) Cicerón, *Pro Plantio*, 3.

29. (1) Gayo, I, § 3.—Los plebiscitos y las leyes propiamente dichas eran designadas por el *nomen gentilitium* del magistrado que los había propuesto, cuando es un dictador, un pretor o un tribuno. Así, el plebiscito que hizo votar el tribuno M. Cincius Alimentus es llamado ley *Cincia*. Las leyes que emanan de la iniciativa consular llevan los *nomina gentilitia* de los dos cónsules en función; lo mismo cuando la proposición está hecha por uno solo; pero el nombre del autor del proyecto está entonces colocado el primero: ley *Valeria Horatia*, ley *Aelia Sentia*.

(2) Tito Livio, IX, 46 [11].—XLV, 15 (1).—Cicerón, *De oratore*, I, 9 [38].

30. (1) Juliano, L. 32, § 1, D., de *legib.*, I, 3: *Inueterata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum... namquid interest suffragio populus voluntatem suam declaret aut rebus ipsis et factis?*—Ad. Hermogeniano, I, 35, D., eod.

del colegio de los pontífices. En efecto, aunque colocados, en apariencia, por sus funciones religiosas, fuera de la esfera del derecho privado, los pontífices estaban obligados a tocar una multitud de materias jurídicas que tenían conexión con el *jus sacrum*: la adrogación, la devolución de los *sacra privata* en caso de sucesión, la *confarreatio*, la determinación de las *res religiosas* y otras. De ahí la necesidad para ellos de ser al mismo tiempo jurisconsultos (1) y la influencia que fueron los primeros en ejercer sobre el desenvolvimiento del derecho.

32. —Durante mucho tiempo, únicamente los pontífices y magistrados patricios conocieron los secretos del procedimiento y la lista de los días *fastos*, durante los cuales únicamente también era permitido realizar delante del magistrado los ritos de las acciones de la ley. Por consiguiente, los plebeyos estaban obligados a recurrir a ellos para consultarles en caso de pleito (1).

Esta situación, tan favorable a la dominación de los patricios como perjudicial a la difusión y al progreso de la ciencia jurídica, dura hasta mediados del siglo v. Mas, en esta época, un descendiente de liberto, Cneo Flavio, secretario (*) del patricio Apio Claudio Caeco, divulga el cuadro de los días *fastos* y las fórmulas de las acciones de la ley. Y bien sea que sustrajo el secreto, o que obedeció a la inspiración del mismo Apio, lo hizo objeto de una publicación que tomó el nombre de *Jus flavianum*, la cual fué tan agradable al pueblo que su autor llegó sucesivamente a tribuno, senador y edil curul en 450 (2). Un siglo más tarde, esta divulgación fué completada en una colección, obra de Sexto Aelio, que fué edil curul, cónsul en 556 y censor. Esta obra, llamada *Jus aelianum* o *Tripartita*, comprende tres partes: el texto de la ley de las XII tablas, su interpretación y los ritos de las acciones de la ley (3).

Después de la publicación del *Jus flavianum*, la ciencia del derecho cesa de ser privilegio de una casta celosa de guardar el secreto. Éste fué abierto a todos. Los plebeyos pudieron entregarse, como los patricios, al estudio de las cuestiones nacidas de la práctica de las leyes, y uno de ellos, Tiberio Coruncanio, el primer plebeyo que fué gran pontífice, fué también el primero que dió públicamente consultas sobre derecho. Otros siguieron su ejemplo, y luego fué uso general el tomar en todas las disputas el dictamen de uno o varios jurisconsultos, quienes respondían oralmente o por escrito (*respondere, scribere*), bien en su morada, bien sobre el foro (4). Los mismos magistrados toman la costumbre de rodearse de un *consilium* compuesto, sobre todo, de prudentes, a los cuales consultaban en cada pleito (5). Los jurisconsultos adquieren así en la sociedad romana un prestigio y una consideración desconocidos entre los demás pueblos de la antigüedad (6). La aptitud natural, y la particular inclinación de los romanos por el Derecho, una organización judicial que hacía que la mayor parte de los ciudadanos

31. (1) Cicerón, *De legib.*, II, 10; *Saepe inquit Publii (Scaevolae) filius ex patre audivi pontificem neminem bonum esse nisi quia jus civile cognosset.*

32. (1) Pomponio, L. 2, § 6, D., de orig. jur., I, 2.—Cicerón, *Pro Murena*, 11: *Posset agi lege necne pueri quondam sciebant. Fastos enim vulgo non habebant. Erant in magna potentia qui consultabantur.*—Ad. Tito Livio, IX, 46 [4].

(*) N. del T. —Cneo Flavio, a quien se alude por el autor, era liberto y escriba de Apio Claudio.

(2) Cf. Cicerón, *Pro Murena*, 11.—Plinio, *His. nat.*, XXXIII, 6 [1].—L. 2, § 7, D., de orig. jur., I, 2.—Tito Livio refiere este hecho de una manera diferente (IX, 46 [1 a 5]).

(3) Cicerón, *Pro Murena*, 11.—L. 22, §§ 7 y 38, D., de orig. jur., I, 2.—Festus, V. Nota.

(4) Pomponio, L. 2, § 35, D., de orig. jur., I, 2.—Cicerón, *De oratore*, III, 33. En otro pasaje (*De oratore*, I, 48 [212]), Cicerón resume el papel del jurisconsulto, diciendo que debe ser: *et ad respondendum, et ad agendum, et ad cavendum peritus.*—Agere, esto es, llevar la misión de abogado; cavere, esto es, redactar los actos jurídicos, componer las fórmulas.

(5) Tito Livio, XXXVII, 69 [3].—Cicerón, *Act. 2.º in Ver.*, I, 29.—II, 29.

(6) Cicerón, *De oratore*, I, 45. *Brutus*, 42.—L. 2, § 37, D., de orig. ju., I, 2.

podían ser llamados como jueces privados a decidir una disputa, finalmente una especie de jerarquía entre las magistraturas, de modo que el conocimiento del derecho era indispensable para llegar a las más altas funciones (7): he ahí las causas que explican suficientemente el favor de esta ciencia en Roma y el crédito que de gozaban los que en ella se habían distinguido.

33.—Hacia el fin de la República, la autoridad de los prudentes toma una nueva fuerza con la filosofía griega, que, después de una oposición temporal del senado y de los censores (1), fué profesada libremente en Roma. El estoicismo, sobre todo, tiene pronto los más ilustres adeptos entre los romanos, a los cuales agradaba su severa moral, sus elevadas doctrinas, que enseñan a amar la virtud por sí misma. Los jurisconsultos encontraron en él una noción nueva: la de un derecho innato, fundado sobre la razón y superior a las leyes escritas, al *jus* emanado de las prescripciones del legislador (V. núms. 5 y 6, 2, a). Así aprendieron a atemperar por la equidad lo que las lógicas deducciones del derecho civil primitivo podían tener de demasiado rigurosas. Por último, pidieron a la filosofía griega un método más científico, que ejerció una feliz influencia sobre sus trabajos y sobre los de los jurisconsultos del período siguiente.

34.—Por otra parte, por grande que haya sido en esta época el crédito de los jurisconsultos, es necesario no exagerar la fuerza de sus decisiones. No tenían todavía nada de obligatorio, no ligaban al juez, y no formaban de ningún modo una fuente de derecho escrito; pero tenían autoridad moral. Los jurisconsultos dedicados diariamente a la práctica del derecho, interpretando las partes dudosas, deduciendo las consecuencias y respetando la ley, desarrollan y perfeccionan las aplicaciones del mismo. De este modo, las soluciones que acuerdan admitir, *sententiae receptae*, forman una parte importante del derecho no escrito, que no ha recibido nombre especial, como las demás fuentes del derecho, pero que está designada bajo la apelación común de *jus civile* (1).

Entre los más notables jurisconsultos de este período es preciso citar: en el siglo VI, M. Porcio Catón, el censor, y su hijo, apellidado Liciniano; en el siglo VII, P. Rutilio Rufo y el gran pontífice Q. Mucio Scévola, el primero que, utilizando con provecho el método de Aristóteles, ensaya presentar una exposición sistemática de los principios del derecho; después, dos contemporáneos y amigos de Cicerón: C. Aquilio Galo y Servio Sulpicio Rufo, célebre por el número y mérito de sus obras, y que tuvo numerosos discípulos (2); nada nos queda de las obras de estos jurisconsultos. Por otra parte, bajo el Imperio principalmente es cuando los escritos de los prudentes elevan la ciencia del derecho romano a su más alto grado de perfección (3).

(7) El testimonio de los historiadores y de numerosas inscripciones nos hacen conocer la jerarquía establecida bajo la República y bajo el Imperio, hasta Diocleciano, entre las diferentes magistraturas, para los personajes de procedencia senatorial. Para llegar al consulado era necesario haber sido, desde luego, *cuestor*, después *edil* o *tribuno*, después *pretor*: es decir, haberse ocupado sucesivamente del tesoro público, de la administración y de la justicia. Cf. *Corp. inser. lat.*, VIII, 2.747.—IX, 3.365.

33. (1) Suetonio, *De clar. rhetor.*, §, 1.

34. (1) Pomponio, L. 2, § 12, D., de orig. jur., I, 2: *Est proprium jus civile quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*.—Se dice en el mismo sentido, *Disputatio fore*.—Cf. L. 2, § 5, D., eod.—Cicerón. *Topic.*, 14, 19.

(2) Cf. Pomponio, L. 2, §§ 41, 42, 43, D., de orig. jur., I, 2.—Cicerón. *Brutus*, 41, 152 y 153.

(3) N. del T.—Creemos útil consignar que en la relación de jurisconsultos notables de este período deben figurar, al lado de los citados por el autor, en el siglo VI, Q. Mucio, Cincio Alimencio, P. Atilio el *Sapiens*, S. Aelio Peto, que publicó la colección llamada *Tripartita*; P. Cornelio Scipión Nasica, que mereció del Estado la honrosa distinción de que se le concediera una casa donde recibir a los que le consultaban, y Publio, hijo del anterior, notable por su sagacidad.

35.—*El edicto de los magistrados, Jus honorarium.*—A la acción de los jurisconsultos hay que añadir la de los magistrados, y, sobre todo, la de los pretores, que extensamente contribuyeron al progreso del derecho.

Todos los magistrados, cónsules, censores, tribunos, tenían la costumbre de publicar declaraciones o disposiciones que tenían conexión con el ejercicio de sus funciones, llamadas *edicta* (de *edicere*). Entre estos edictos, los únicos que hay que tener en cuenta en el estudio de las fuentes del derecho privado son aquellos que emanan de los magistrados encargados de la jurisdicción civil. En Roma, el más importante es el edicto del pretor. Ya hemos dicho cómo la pretura fué creada en 387 (V. n.º 25). Las relaciones de Roma con los pueblos vecinos, que llegaron a ser más frecuentes después de la conquista de Italia, hicieron precisa, en 507, la creación de un nuevo pretor para las disputas o asuntos entre extranjeros, o entre ciudadanos y extranjeros: éste fué el *praetor peregrinus* (1); el primero toma el nombre de *praetor urbanus*. Más tarde son encargados de otras atribuciones especiales. Pero el edicto del pretor urbano, *edictum urbanum*, y el del pretor peregrino, *edictum peregrinum*, son los únicos que presentan interés desde el punto de vista del derecho privado en general. Es necesario añadir el edicto especial de los ediles curules, *edictum aedilitium*. En las provincias, los edictos de los gobernadores corresponden al edicto del pretor, y los edictos de los cuestores a los de los ediles curules (2).

El conjunto de reglas contenidas en los edictos es llamado unas veces *jus honorarium*, porque emana de los que ocupan funciones públicas, honores, por oposición al *jus civile*, obra de los jurisconsultos; otras veces, *jus praetorium*, a causa del preponderante papel que los pretores representaron en su formación.

36.—El pretor publicaba su edicto al principio de su magistratura; es decir, las calendas de enero. Escrito en negro sobre el *album*, que consistía en tablas de madera pintadas en blanco, estaba expuesto a la vista de todos sobre el foro, y las deterioraciones estaban castigadas con una multa (1). El edicto permanecía obligatorio durante todo el año, sin poder ser modificado; por esta razón se le llamaba *annuum* o *perpetuum* (2). Su autoridad terminaba con los poderes de su autor. El pretor siguiente era libre de modificar sus disposiciones; pero, en realidad, había muchas que se transmitían de edicto en edicto; cada pretor, añadiéndole reglas nuevas, conservaba de la obra de sus ante-

En el siglo VII, florecieron, además de los mencionados en el texto, M. Manlio, Junio Bruto, P. Mucio Scévola, llamados por Pomponio fundadores del Derecho civil, y Craso Muciano. Que entre los discípulos de Servio Sulpicio Rufo, salidos de la escuela que éste fundó, se cuenta como jurisconsultos notables a Aulo Ofilio, llamado el Triboniano de César, por haber sido consejero del célebre triunviro, y Alfeno Varo, que recopiló y comentó el *jus civile*, emanado de las respuestas de los jurisconsultos, en su obra titulada *Digestorum libri quadraginta*. Todavía pueden añadirse, como jurisconsultos, Cayo Trebacio Testa, Aulo Cascelio, Quinto Elio Tuberón, C. Elio Galo y también Cicerón, discípulo de Scévola.

36. (1) Lydus, *de magistrat.*, I, 38, 45.

(2) Gajo, I, § 6: *...Jus autem edicendi habent magistratus populi romani. Sed amplissimum jus est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis jurisdictionem praesides earum habent: item in edictis aedilitium curulium, quorum jurisdictionem in provinciis populi romani quaestores habent.*

36. (1) L. 7, pr., D., *de juridict.*, II, 1: *Si quis id quod jurisdictionis perpetua causa... in albo... propositum erit, dolo malo corruerit, datur in eum quingentorum aureorum judicium, quod populare est.*

(2) Cicerón, *Act.*, 2.º in Ver., I, 42.—Se han opuesto los *edicta perpetua* a los demás edictos (*edicta repentina*) que los pretores publicaban en el curso de sus funciones, en vista de asuntos especiales. Esta facultad producía abusos, y les fué arrebatada, en 387, por una ley Cornelia, que estableció: *ut praetores ex edictis suis perpetuis jus dicerent.*—Cf. Asconius, In Cicer., *Pro Cornel.*, pág. 58. (Orel.)

cesores aquellas cuya utilidad había sido probada por la práctica, y el uso acababa por darles fuerza de ley (3).

Felizmente, la obra del pretor fué ya considerable en la época de Cicerón, y el edicto pretoriano continúa siendo para el Derecho Romano, hasta fin del siglo VIII, un incesante instrumento de progreso. Se ha informado mal sobre el contenido de los primeros edictos. Es probable que el pretor se limitase, desde luego, a asegurar y facilitar la aplicación del *jus civile*. Pero, poco a poco, a medida que las costumbres se modifican, inserta en el edicto las nuevas disposiciones apropiadas a las necesidades sociales. Así es como *ayuda* al derecho civil y le *completa*. Más tarde, él mismo le *corrige*: no abrogando directamente un principio del *jus civile*, puesto que no tenía el derecho de hacer esto, pero sí proponiendo y sancionando, en virtud de su autoridad, una regla más equitativa, que concluyó por prevalecer (4). Esta obra fué realizada con tanto más éxito cuanto que la mayor parte de los pretores eran jurisconsultos eminentes. Casi siempre habían sido cuestores en provincias, habían podido ver de cerca y apreciar las instituciones jurídicas de los demás pueblos. Además, muchas veces publicaron en sus edictos reglas tomadas de las legislaciones extranjeras y, en general, hicieron prevalecer un derecho más extenso y más equitativo, que es llamado *jus honorarium*.

37.—Puede sorprender que los magistrados encargados de aplicar la ley tuvieran también el poder de proponer un derecho nuevo, lo cual parece contrario a nuestro moderno principio de separación de poderes, principio, por otra parte, desconocido de los romanos, así como de todos los pueblos antiguos.

Mas el pretor no tenía el Poder legislativo propiamente dicho. Encargado de proveer a los intereses generales de la justicia, toma, en virtud de su *imperium*, todas las medidas que le parecen propias para asegurar la buena administración. Las disposiciones del edicto, *edicta* (1), que estaban aprobadas por la opinión pública, sobrevivían al pretor que las había propuesto, e insertadas en los edictos siguientes, adquirían con el tiempo la fuerza de una regla consuetudinaria. Aquellas que reprobaba la equidad caían con su autor, cuyas funciones eran anuales, y podían suscitar contra él, por razón de la responsabilidad en que había incurrido, persecuciones, de las cuales el proceso de Verrés suministra el ejemplo más célebre.

(3) Cicerón. *De invent. rhet.*, II, 22: *Consuetudinis autem jus esse putatur id quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit... Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars quae praetores edicere consueverunt.*—Ciertos textos llaman *edictum novum* la parte nueva de cada edicto, y *edictum translatitium*, las reglas tomadas de los edictos precedentes.—Cf. Cicerón, *Act. 2.^a in Ver.*, I, 44, *in fine* y 45.

(4) Papiniano, I. 7, § 1, D., *de justit.*, I, 1: *Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam.*—Marciano. L. 8, D., *cod.*: *Nam et ipsum jus honorarium viva vox est juris civilis.*

37. (1) Se emplea la palabra *edictum* para designar, no solamente el edicto entero, sino también una disposición del edicto, una regla de derecho pretoriano contenida en el edicto: por ejemplo: *edictum de alterutro* (V. n.º 435, A), *edictum Carodnianum* (V. n.º 680). Se dice también, en el mismo sentido: *clausal edicti* (L. 6, pr., D., *de inof. test.*, V, 2).

N. del T.—Sobre los *Edicta* y el *Jus honorarium*, véase Krüger, *Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano*, p. 33.

TERCER PERÍODO

Del advenimiento del Imperio a la muerte de Alejandro Severo

I.—Advenimiento del Imperio.—"Lex Regia".

38.—Al principio del siglo VIII, la constitución republicana de Roma es reemplazada por una Monarquía absoluta. Después de la batalla de Actium quedó como único señor Octavio, quien reúne en sus manos todos los poderes. Después de haber tomado los títulos de *Imperator* y de *Augustus*, se hace conceder sucesivamente por el pueblo y por el senado, de 723 a 741, el poder *proconsular*, que le da el mando de todos los ejércitos del Imperio; la potestad *tribunicia*, que hace su persona inviolable y le otorga el derecho de *veto* sobre todos los magistrados; la potestad *censorial*, que le permite completar el senado y proceder a su depuración, y, por último, el poder *religioso*, del modo que le tenían los reyes en tiempos pasados. Por otra parte, ninguna de las antiguas magistraturas fué suprimida, y existen, como en tiempos de la República, los cónsules, pretores y tribunos, compañeros del emperador. Asimismo fueron establecidas nuevas dignidades (V. n.º 711).

Después de Augusto, sus sucesores reciben los mismos poderes, no ya por concesiones sucesivas, sino de una sola vez, por efecto de una ley, renovada a cada advenimiento, y denominada *lex regia* o *lex de imperio* (1). Entre otros privilegios, esta ley otorgaba al emperador el derecho de hacer todo lo que él juzgara útil para el bien del Estado; es decir, el poder absoluto. Votada por el senado, dicha ley era en seguida ratificada por el pueblo, sin duda en los comicios por tribus (2).

II.—Fuentes nuevas y progreso del Derecho privado.

39.—Bajo el Imperio, el Derecho continúa progresando hasta la muerte de Alejandro Severo. La costumbre (*diuturna, inveterata consuetudo*) es siempre una fuente activa de derecho no escrito. Los juris-

38. (1) Cf. L. 1, § 7, C., de *veter. jur.*, I, 17.—Esta práctica existe desde los primeros siglos, en que una *lex curiata* era necesaria para dar la investidura a los reyes (Cicerón. *De republ.*, II, 13, 17, 18, 20, 21).—Nosotros poseemos en parte, según una tabla de bronce descubierta en 1342, la *lex regia de imperio* que confirió el Poder imperial a Vespasiano (Girard, *Textes*, p. 103).

(2) N. del T. —Por lo expuesto en el texto puede afirmarse que la Constitución republicana se convirtió en Imperio por la concentración de todas las magistraturas en la persona de Augusto. Sin embargo, la dominación imperial no surgió como término opuesto a la República, sino más bien como si se tratara de continuar ésta en oposición a la dictadura cesariana, que había prescindiendo o suspendido durante varios años los poderes de la Constitución republicana. Todas las instituciones del período republicano subsistieron, aunque modificándose paulatinamente bajo el nuevo régimen. Aunque parezca paradójico, algunos escritores afirman que el gobierno republicano no cesó con Augusto, sino que se perpetuó con él, con la sola diferencia de que la República estuvo gobernada por un magistrado supremo y vitalicio investido de poderes extraordinarios.

Lo característico de la nueva organización es la división de los Poderes entre el senado y el príncipe, razón por la que se ha considerado que el nombre de *Dyarkia* es el más a propósito para calificar esta forma de gobierno.

Ya se consigna por el autor que el emperador *asumió casi todas las antiguas magistraturas*. Pero lo que no se indica es que para auxiliarle en el desempeño de su cargo se

consultos de este período atestiguan su autoridad (1). En cuanto al derecho escrito, el cambio en la forma de gobierno trae consigo modificaciones en el ejercicio del Poder legislativo.

Aunque los emperadores estaban investidos de un poder absoluto, conservan, durante los primeros años del Imperio, la apariencia de las antiguas formas republicanas, y hacen votar las leyes en los comicios, después de haber sometido los proyectos al senado. No se trata aquí, de ningún modo, de los comicios por curias, representados ya desde largo tiempo por treinta lictores y que no servían más que para la consagración de ciertos actos como las adrogaciones. Es dudoso, por otra parte, que la división del pueblo en clases y centurias haya sido mantenida bajo el Imperio. Si bien la falta de indicios no permite con respecto a este punto más que conjeturas, es probable que los emperadores apelasen sobre todo a los *comicios por tribus*, donde todo el pueblo estaba reunido, y que poco a poco fuese considerada inútil la reunión de los *concilia plebis* (2). Así es como leyes importantes para el derecho privado fueron votadas bajo Augusto; entre otras, las dos leyes *Juliae judicariae* sobre procedimiento; las leyes *Fufia Caninia*, *Aelia Sentia* y quizá *Junia Norbana*, sobre manumisiones. Con el Poder legislativo, los comicios conservan el poder electoral. Pero, según el testimonio de Tácito, Tiberio les quita la elección de los magistrados para dársela al senado (3). Bajo su reinado, y después de él, votaron todavía las leyes, también bajo Claudio, encontrándose un último vestigio bajo Nerva al fin del siglo I de nuestra era (4). Después cesaron poco a poco de reunirse, sin que ninguna decisión los haya expresamente suprimido. Este desuso se explica, sobre todo, por la extensión dada al derecho de ciudad. Era difícil llegar a hacer votar la ley a todos los ciu-

crearon varios funcionarios, como el *Praefectus urbis*, o sea gobernador de la ciudad, que puede considerarse como el lugarteniente en ausencia del emperador, y que reúne a las funciones de los antiguos ediles la jurisdicción criminal en Roma y en el radio de cien millas, y llega a tener después la civil, siendo juez de apelación de los demás Tribunales de la ciudad, incluso el del pretor; el *Praefectus praetorii*, que al principio sólo tuvo funciones puramente militares, pero después tuvo participación en todas las medidas políticas y concurre a la decisión de los juicios que se sometían al emperador; el *Praefectus annonae*, encargado de la policía de las subsistencias y de juzgar de los delitos a ella referentes; el *Praefectus vigiliis*, que cuidaba de evitar los robos e incendios y de castigar a sus autores, y los *Praefecti aerarii*, que reemplazaron a los cuestores en los asuntos de hacienda.

Se crea también el *Consilium Principis* o *Aula Regia*, Consejo compuesto de magistrados, de funcionarios de diferentes clases y de senadores designados primeramente por la suerte y renovados cada seis meses o anualmente, y después elegidos por el príncipe. Estos individuos le seguían aun en campaña, le ayudaban con sus consejos, y se puede decir que participaban con él de la autoridad soberana.

Los funcionarios imperiales se distinguían de los magistrados de la República, no sólo por el origen de su poder, el cual recibían del emperador, que los nombraba, de quien eran meros delegados, y no del pueblo, como los magistrados republicanos, sino también porque, en vez de gozar de la independencia y libertad de estos últimos en el círculo de sus atribuciones, las ejercían con entera subordinación al emperador, bien que a pesar de esto tuvieran algunos cargos el carácter de verdaderas magistraturas.

No exponemos indicación alguna respecto de la suerte de las antiguas magistraturas y de las Asambleas políticas durante el Imperio, por contener las suficientes en cuanto a este punto el texto.

39. (1) Cf. Ulpiano, L. 33, D., de *legib.*, I, 3 y Modestino, L. 40, D., *eod.*

N. del T.—La costumbre, que es la primera fuente que aparece en el orden cronológico, subsiste siempre al lado de las otras fuentes del Derecho, ya sea para completarlas, suplirlas o corregirlas. Pero a medida que toman importancia las demás, cuanto más perfecto sea el Derecho escrito de un país, menos necesidad hay de acudir a la costumbre, la cual, sin embargo, nunca falta. Esto mismo sucedió en Roma en el período de que el autor se ocupa. El Derecho escrito se aumentó notablemente, y fué menos necesario acudir a las reglas consuetudinarias para resolver las cuestiones de Derecho.

(2) A partir de 747, los tribunos no propusieron más las leyes. El emperador, investido de la potestad tribunicia, les retiró, sin duda, este derecho.

(3) Tácito. *An.*, I, 15: *Tum primum et campo commissa ad patres translata sunt*. El sentido de este texto está naturalmente restringido a las elecciones, por el hecho de que todavía hay leyes votadas en los comicios después de Tiberio.

(4) Cf. Gayo, I, § 157.—L. 3, § 1, D., de *termin.*, XLVII, 21.

dadanos que tenían el derecho de sufragio en Roma y en Italia entera: de hecho, los comicios se redujeron a una débil minoría. Además, los emperadores reemplazaron desde luego el voto de los comicios por la resolución del senado; después ellos hicieron directamente la ley. Los *senadoconsultos* y las *constituciones imperiales* suceden, por consiguiente, en este período, a las leyes y a los plebiscitos; de otra parte, el edicto de los magistrados y las respuestas de los prudentes llegaron a hacerse, a partir de Adriano, fuentes del derecho civil.

40.—I. *Senadoconsultos*.—Se ignora en qué época precisa las decisiones del senado adquirieron fuerza legislativa en materia de derecho civil. No parece que se pueda citar, bajo la República, ningún senadoconsulto de este género (1). Pero, bajo el Imperio, cuando las asambleas del pueblo llegaron a ser cada día más raras, se contentaron de hecho con someter los proyectos de ley a la aprobación senatorial. Este procedimiento encuentra alguna resistencia, y Gayo nos enseña que la fuerza legal de los senadoconsultos fué, desde luego, negada (2). Sin duda, por esta razón es por lo que, durante el siglo I de nuestra era, el senado no formula sus decisiones de una manera imperativa; se limita a emitir un dictamen, y apela a la autoridad del pretor para asegurar la observancia. Citaremos como ejemplos: el S. C. *Veleyano*, que prohíbe a las mujeres obligarse por otro (3); el S. C. *Macedoniano*, que prohíbe prestar dinero a los hijos de familia. Esta incertidumbre desaparece en el siglo II, y, a partir de Adriano hasta el reinado de Septimio Severo, los senadoconsultos reglamentan, con una autoridad que no es rechazada por ningún jurisconsulto, las materias del derecho privado. Tales son los S. C. *Tertuliano* y *Orphiciano* sobre las sucesiones *ab intestato*; el S. C. de Septimio Severo, *oratio Severi*, sobre enajenación de los bienes de los pupilos; el S. C. de Caracalla, *oratio Antonini*, sobre las donaciones entre esposos (4).

El voto del senado no es, por otra parte, bajo el Imperio, más que una simple formalidad. Los senadores llegaron a ser los servidores dóciles del emperador, quien, armado de los poderes confiados en tiempos pasados a los censores, los escoge a su voluntad. Las proposiciones podían ser hechas por los cónsules o por el emperador. Pero, después de Adriano, nadie más que el emperador es quien usa de este derecho. Cuando emana de la iniciativa imperial, el proyecto es expuesto en un discurso, *oratio*, leído por un mandatario, *candidatus principis*. Precede siempre al voto una relación que ratifica el proyecto. Además, los jurisconsultos se sirven frecuentemente de las expresiones *oratio principis*, para designar el senadoconsulto, que no ha hecho más que confirmar la voluntad del emperador. Así dicen: *oratio Severi* (V. n.º 116, 2); *oratio Antonini* (V. n.º 431, 3).

41.—*Las Constituciones imperiales*.—Después de Septimio Severo, los senadoconsultos, que llegaron a ser cada día más raros, cesan

40. (1) Es verdad que Cicerón cita ya los senadoconsultos entre las fuentes del Derecho (*Topic.*, 5); pero su enumeración se refiere a la vez al derecho público y al derecho privado.

(2) Gayo, I, § 4: *Senatusconsultum est quod senatus jubet atque constituit idque vim legis abstinet, quamvis fuerit quaestum*.

(3) He aquí lo dispositivo del S. C. Veleyano, cuyo texto es referido por Ulpiano, L. 2, § 1, D., ad S. C. Velleianum. XVI, 1: *...Arbitrari senatum recte adque ordine facturos ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederunt operam ut in ea re senatus voluntas servetur*.

(4) Los senadoconsultos son designados, en general, por el nombre del cónsul o del emperador autor del proyecto, con la designación *ianum*; S. C. *Neronianum*, propuesto por Nerón (Gayo, II, § 197). Mas este uso no es absoluto. Hay algunos que no tienen nombre en los textos; tal es el S. C. propuesto por Adriano, y que los comentaristas llaman *Juventianum* (V. n.º 775, nota 2). Otros son calificados por su objeto. Por último, el S. C. *Macedonianum* es así llamado del nombre de un particular, *Macedo* (L. 1, pr., D., de S. C. *Maced.*, XIV, 6).

completamente de nutrir el derecho privado. Ceden el lugar a las *Constituciones imperiales*, es decir, a las decisiones emanadas del emperador.

Las Constituciones más antiguas insertas en las compilaciones de Justiniano datan de Adriano. Pero nos parece cierto, aunque haya sido discutido, que Augusto y sus sucesores tuvieron también el poder de publicar Constituciones obteniendo fuerza de ley, ya que la *lex del imperio* les confería el derecho. Los jurisconsultos lo afirman (1) y los textos suministran la prueba (2). Sin embargo, los primeros emperadores usaron raramente de esta prerrogativa, e hicieron, sobre todo, aprobar los proyectos de leyes por el senado. Después, esta formalidad acabó por ser desatendida, y las Constituciones imperiales reemplazaron insensiblemente a los senadoconsultos.

Todas las Constituciones no tienen el mismo carácter. Se distinguen tres clases: a) Los *edicta*, verdaderos edictos publicados por el emperador, en calidad de magistrado, teniendo el *ius edicendi*. Contenían, en general, las reglas de derecho aplicables a todo el Imperio.—b) Los *decreta*, decisiones judiciales dadas por el emperador en las causas sometidas a su jurisdicción, en primera instancia o en apelación.—c) Los *rescripta*, consultas dadas bajo forma de carta a un magistrado (*epistola*) o de nota escrita debajo de la demanda de un particular (*subscriptio*). Son numerosos en este período a partir de Adriano.

Pueden asimilarse a las Constituciones los *mandata*, instrucciones dirigidas por el príncipe a los funcionarios, gobernadores de provincia, sobre cuestiones de administración, que contenían alguna vez reglas de derecho privado (3).

Es probable que la fuerza obligatoria de los *edicta* fuese desde luego limitada a la vida de su autor. Así es como frecuentemente los edictos de un príncipe fueron renovados por sus sucesores (4). Pero acabaron más tarde por conservar su autoridad, en tanto que no habían sido objeto de una revocación especial.

En cuanto a los *decreta* y a los *rescripta*, existían los que aplicaban simplemente el derecho existente y permanecían sin influencia sobre su desarrollo. Los demás no tenían más que un carácter personal, un efecto restringido a un caso particular: cuando otorgaban un favor o aplicaban una pena (5). Sólo podían tener fuerza de ley los que contenían reglas nuevas. Su extensión era general cuando tal había sido la voluntad del emperador; en tal caso, estaban publicados y fijados (6).

El emperador no redactaba sólo las Constituciones imperiales. Lo mismo que los magistrados, bajo la República, se rodeaban de jurisconsultos de quienes tomaban parecer, de igual modo el emperador tenía un *Consejo*, que presidía, en su ausencia, el prefecto del pretorio, y que

41. (1) Gayo, I, § 5: *Constitutio principis est quod imperator decreto vel edicto vel epistola constituit: nec unquam dubitatum est quid in legis vices obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat.*—Ulpiano, L. 1, pr., D., de constitut., I, 4: *Quod principi placuit, legis habet vigorem; utpote cum lege regia quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.*—Cf. Pomponio, L. 2, § 11, de orig. jur., I, 2.

(2) Cf. Ulpiano, L. 2, pr., D., ad S. C. Velleian., XVI, I (V. nota 4).—I, pr., quib non est permis., II, 12.—§ 4, de vulg. substit., II, 15.—§ 1, De fideic. hered., II, 23.

(3) Se encuentran ejemplos en la L. 65, D., de rit. nupt., XXIII, 2 y en la L. 1, pr., D., de testam. milit., XXIX, 1.

(4) Tales son los edictos de Augusto y de Claudio que han precedido al S. C. Velleiano. Ulpiano, L. 2, pr., D., ad S. C. Velleian., XVI, 1: *Et primum quidem temporibus divi Augusti mox deinde Claudii, editis eorum erat interdictum ne feminae pro viris suis intercederent.*

(5) I, § 6, de jur. nat., I, 2... *Quaedam sunt personales... nam quod alicui ob merita indulsit (princeps), vel si cui paenam irrogavit, vel si cui sine exemplo suventi, personam non egreditur.*

(6) Esto es lo que resulta de una Constitución del emperador Gordiano, del año 238, descubierta en 1868. (Cf. Girard, *Textes*, p. 205.)

estaba compuesto de senadores y de caballeros, todos versados en la ciencia del Derecho. Los proyectos de leyes eran frecuentemente elaborados por este Consejo; además, la influencia de las Constituciones imperiales ha sido tal, que ellas, lo mismo en los más afortunados príncipes que en los más desgraciados, han contribuido al progreso del Derecho (7).

42.—III. *El derecho honorario.*—*Edicto de Salvio Juliano.*—Desde el principio del Imperio, el derecho honorario alcanzó todo su desarrollo; la obra de los pretores concluye al final del siglo I de nuestra era, y sus edictos ya no se hacen notar por ninguna reforma importante. Además, el emperador Adriano quiere fijar y codificar los principios del derecho pretoriano. Salvio Juliano, uno de los más ilustres jurisconsultos de la época, fué encargado de esta misión. Reúne en un solo cuerpo las reglas publicadas cada año por el pretor urbano y los ediles curules (1). Después, su obra fué ratificada por un senadoconsulto. Éste fué el *edictum perpetuum* por excelencia, el que, en lo sucesivo, se cuenta entre las fuentes de derecho escrito, pero sin que el *jus honorarium* se confundiese, sin embargo, con el *jus civile*.

Mucho se ha discutido sobre el alcance de este trabajo. Dos puntos solamente parecen ciertos: la inspiración de Adriano y la aprobación del senado (2). Mas no parece, si bien se ha pretendido, que este senadoconsulto haya retirado oficialmente a los magistrados el derecho de publicar edictos. En efecto, Gayo, que escribe después del reinado de Adriano, atestigua que, en su tiempo, los magistrados tenían todavía el *jus edicendi*. De otra parte, multitud de textos parecen demostrar que usaban de este derecho, si bien no podían modificar la composición en lo sucesivo fijada para el edicto perpetuo, aunque alguna vez era añadido con reglas nuevas, *edicta nova* (3). Pero estas adiciones fueron en realidad muy raras, porque la autoridad y las atribuciones de los pretores se disminuyeron hacia el fin de este período. Los más importantes poderes de ellos pasan a los nuevos funcionarios creados por los emperadores: al prefecto de la ciudad y al prefecto del pretorio (4).

El edicto perpetuo fué comentado por muchos jurisconsultos, especialmente por Paulo y Ulpiano. El mismo texto del edicto no ha llegado hasta nosotros; pero numerosos fragmentos de comentarios acerca del mismo, insertos en el Digesto de Justiniano, han movido a realizar ensayos de restitución, y han permitido reconstituir el plan y las principales disposiciones (5).

(7) Cf. Lampride, *Alex. Sev.*, § 15.—Spartien, *Hadrien*, § 17.—Capitollin, *Antonin le Pieux*, § 12.—L. 17, pr., D., de *jur. patron.*, XXXVII, 14.—D., de *of. asses*, 1, 22.

42. (1) Este trabajo de codificación se extendió con sus consecuencias: 1.º, al edicto del pretor peregrino; 2.º, a los edictos provinciales, que estaban reducidos a un tipo único, el *edictum provinciale* (?). Estas son las cuestiones controvertidas y difíciles de resolver por falta de documentos.

(2) *Constit. Tanta*, § 18 ... *Divus Hadrianus in compositione edicti et in senatusconsulto quod eam seculum est...*

(3) Cf. L. 2, D., de *conj. cum emonc.*, XXXVII, 8.—L. 1, § 13, D., de *ventr. in pos. mil.*, XXXVII, 9.—Gayo, I, § 6.

(4) El prefecto del pretorio publicaba edictos, cuya autoridad está reconocida por Alejandro Severo (L. 2, C., de *of. praef. praet.*, I, 26), pero que no tenían influencia sobre el derecho.

(5) Se hace preciso citar la obra de Rudorff, en 1869. Pero el trabajo más importante es la obra de Lenel: *Das edictum perpetuum*, 1883. M. Peltier ha dado una traducción francesa, en dos volúmenes (1900-1903), sobre un texto manejado por el autor, habiendo el mismo publicado (1907) una segunda edición alemana revisada y corregida. Según Lenel, el edicto se compone de cuatro partes y dos apéndices, según el orden siguiente: I. *Introducción de la instancia hasta la litiscontestatio*. II. *Medios de derecho que emanan de la ley*. III. *Medios de derecho que emanan del imperium*. IV. *Ejecución y recursos de casación*. V. *Apéndices: Interdictos, excepciones, estipulaciones pretorianas*. VI. *Edicto de los ediles*. Nuestras citas se refieren a la traducción de M. Peltier.

N. del T.—Conveniente es hacer constar que la compilación de Salvio Juliano, si por una parte fué de algún provecho para la aplicación práctica de las leyes, se convirtió por

43.—*Los dictámenes de los jurisconsultos.—Responsa prudentium.*—La consideración de que gozaban los jurisconsultos no hizo más que progresar con el Imperio. Sus respuestas adquieren fuerza de ley bajo el reinado de Adriano, y llegan a constituir una fuente importante del derecho escrito. Veamos cómo se realiza esta innovación y cuál fué su alcance.

Llegado Augusto al Imperio, quiso encontrar el apoyo de los jurisconsultos, confiando un carácter oficial a las respuestas de algunos de ellos. Antes de él, la facultad de dar consultas, *respondere de jure*, no estaba de ningún modo otorgada por los Poderes públicos. Cualquiera que tenía confianza en su propia ciencia podía consagrarse a esta tarea. Él hizo, el primero, del *jus publice respondendi* el objeto de una concesión especial. Aquellos que obtenían este derecho respondían en virtud de la autorización expresa del emperador. Los sucesores de Augusto continuaron otorgando este privilegio honorífico, que concedían a los que de él estaban investidos. Mas es necesario no exagerar su importancia: las respuestas de los jurisconsultos oficiales no tenían todavía fuerza de ley. Sin duda están rodeadas de ciertas formalidades; deben ser dadas *por escrito y selladas*, en garantía de autenticidad. Pero no ligaban al juez, y Pomponio nos dice que su autoridad se halla aumentada con el crédito de sus autores (1). De otra parte, los jurisconsultos no autorizados no perdieron de ningún modo el derecho de dar consultas al público. Labeón, que menosprecia los adelantos de Augusto y rehúsa de él el consulado, no fué ciertamente honrado del *jus publice respondendi*, y, no obstante, Aulo Gelio atestigüa que daba frecuentes consultas sobre el derecho (2). De este modo, había, a partir de Augusto, dos clases de jurisconsultos: los que habían obtenido del emperador el *jus respondendi*, lo que les daba más crédito, y aquellos a los que no había sido otorgado este beneficio, pero que, no menos, continuaban respondiendo a quienes les consultaban sobre el derecho. Los dictámenes de unos y de otros no tenían nada de obligatorio.

Adriano no suprimió la concesión del *jus publice respondendi* (3). Mas, hacia el fin de su reinado, toma una medida importante, que nos es referida por Gayo. Resuelve que los dictámenes de los jurisconsultos oficiales tendrán fuerza de ley cuando estén de acuerdo. Desde entonces fué exacto decir de estos jurisconsultos que tenían la facultad de hacer la ley, *permissio jura condendi* (4). Para comprobar el acuerdo exi-

otra en obstáculo para el progresivo desarrollo del Derecho, toda vez que, habiendo perdido los pretores la facultad de modificar el edicto, faltó con ello uno de los medios más poderosos de adaptación del edicto a las necesidades siempre nuevas de la práctica.

En cuanto a los trabajos de restitución, es preciso consignar que el mismo Otón Lenel ha dirigido la edición del *Edicto perpetuo* en la séptima edición de las *Fontes*, de Bruns, páginas 211-238. Asimismo es muy recomendable la edición de Girard en sus *Textes de droit romain* (París, 1895), págs. 117-144.

43. (1) L. 2, § 49 (47), D., *de orig. jur.*, I, 2... *Primus Divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit ut ex auctoritate ejus responderen...*

(2) Aulo Gello, *Noches at.*, XIII, 10.—Cf. en el mismo sentido: Ulpiano, L. 1, § 3, D., *de postul.*, III, 1.—Suetonio, *Caligula*, 34.

(3) Es verdad que ciertos autores sostienen lo contrario, apoyándose en un rescripto bastante oscuro citado por Pomponio (L. 2, § 49 (47), D., *de orig. jur.*, I, 2). Pero este rescripto no habla de suprimir la concesión oficial del *jus publice respondendi*, y lo que prueba que ella ha persistido es que, bajo Diocleciano, un jurisconsulto, Inocencio, obtiene todavía la *νομοθετική θύναμις* (Eunapio, *Vie de Chrysantius*).

(4) Gayo, I, § 7: *Responsa prudentium sunt sententiae et optiones eorum quibus permittum est jura condere; quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiant legis vicem obtinet; si vero dissentiant, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto Divi Hadriani significatur.*—Cf. I, § 8, *de jur. nat.*, I, 2.

N. del T.—El anterior texto de Gayo no puede menos de calificarse de extraño; en primer lugar, llama la atención que se defina las *responsa* diciendo que son *sententiae et optiones*, porque semejantes expresiones no pueden entenderse ni exclusiva ni aun principalmente como consultas libradas con ocasión de un pleito. ¿Cómo explicarse, sobre todo,

gido por Adriano, parece natural admitir que se presumía en favor de la parte que justificase tener en su provecho el dictamen de dos o más jurisconsultos oficiales, en tanto que el adversario no citara una autoridad contraria. Más tarde se da a las palabras *responsa prudentium* una significación más extensa; se comprende en ellas, con los dictámenes contenidos en las respuestas propiamente dichas, las opiniones de los jurisconsultos consignadas en sus obras. Esta extensión se hizo, sobre todo, necesaria cuando en la decadencia del derecho llegó a ser ya rara la concesión del *jus publice respondendi*, y cuando, en defecto de jurisconsultos dignos de este nombre, hubo necesidad de recurrir a las obras de los que habían ilustrado los primeros siglos del Imperio (5).

44.—La clasificación de época clásica es aplicada, en general, al período que se extiende de Augusto a la muerte de Alejandro Severo, y de una manera más especial a los reinados de los *Antoninos* y de los *Severos*; es decir, al siglo II y a los primeros años del III de nuestra era. Porque es entonces cuando los jurisconsultos romanos han llevado la ciencia del Derecho a su apogeo y han demostrado en sus escritos esa unión perfecta entre la teoría y la práctica, esa precisión de lenguaje, esas cualidades de análisis y de deducción lógica que de ningún modo han sido sobrepujadas.

El estudio del derecho levantó cuestiones delicadas, y en todos tiempos dió lugar a disidencias entre los jurisconsultos romanos. Bajo el reinado de Augusto, estas divergencias de opiniones motivaron la formación de dos escuelas o sectas bien distintas: los *Proculeyanos* y los *Sabinianos*. Esta división se remonta a dos jurisconsultos igualmente célebres: Antiojo Labéon y Ateyo Capiton. El primero, enemigo declarado de la autocracia imperial y fiel a las instituciones republicanas, rehúsa las dignidades que le ofreció Augusto, y muestra en el dominio del derecho la misma independencia. Imbuido de los principios de la filosofía estoica, emplea en sus razonamientos una lógica inflexible.

que Gayo declare que si todos los *juris auctoris* están de acuerdo su opinión tiene fuerza de ley? Podiera creerse que cayendo en cierta confusión, Gayo no ha distinguido la autoridad de la *communis opinio* a propósito de una regla de Derecho, *communis opinio*, que, como el *jus civile* del período anterior, tiene fuerza de ley (*legis vicem*) y la fuerza obligatoria de las *responsa* de los jurisconsultos privilegiados.

Es preciso admitir que el juez al cual se sometían las respuestas contradictorias no estaba obligado a seguir ninguna de ellas. Asimismo el influjo que los juristas tenían sobre la formación del derecho, y que estaba en otros tiempos en razón directa de su valer personal, no dependía más que de la concesión del privilegio imperial, fuera esto o no una consecuencia del rescripto de Adriano: tenido antes por todos sin distinción, no pertenecía más que a los jurisconsultos privilegiados, a los cuales se reservaba con preferencia el título de *juris auctoris*. A éstos es a quienes, al parecer, se aplicaba en lo sucesivo, como título oficial, la calificación de *juris consultus*. Véase sobre la materia P. Krüger, *Historia, fuentes*, etc.

(5) Según ciertos autores, las *responsa prudentium*, consideradas como fuente del derecho escrito, comprendían solamente las obras de los jurisconsultos que habían recibido fuerza de ley después de la muerte de sus autores en virtud de Constituciones imperiales. Estos jurisconsultos eran llamados a tener la *permissio jura condendi*, privilegio distinto del *jus publice respondendi*. Mas este sistema es arbitrario, porque no se encuentra Constitución dando fuerza de ley a los escritos de un jurisconsulto fallecido. Ello es contrario al texto de Gayo (I, § 7), que dice *sententiae et opiniones*. Por último, obliga a decir que Justiniano ha hecho una confusión asimilando la *permissio jura condendi* y el *jus publice respondendi* (Cf. I, § 8, de *jure natur.*, I, 2); asimilación que, para nosotros, es, al contrario, perfectamente exacta.

N. del T.—Conviene no olvidar que los jurisconsultos romanos fueron también grandes maestros, y que bajo el Imperio se llegó hasta abrir escuelas permanentes (*stationes*), donde el maestro exponía las varias doctrinas o planteaba controversias jurídicas a las que respondían los discípulos. Cf. Bodin, *Les réponses des prudens considérées comme source de droit*. Paris, 1859.—Du Caurroy, *Sur l'autorité des anciens jurisconsultes de Rome*, Themis, II, 12.—Flach, *L'enseignement du droit chez les romains*. Strasbourg, 1873.—Rossi, *De l'autorité dei responsa prudentium*. Siena, 1886.—Ferrini, *Pontif*, página 55.—Landucci, *Storia*, I, párrafos 26 y siguientes.—Fadellotti-Cogliolo, *Storia*, páginas 417 y siguientes.

Agregado al sentido de las palabras, y en averiguación de la etimología, sin preocuparse de la opinión de los antiguos, deduce rigurosamente sus soluciones de los principios, aun a riesgo de pasar por innovador. El otro, favorito del emperador, fué colmado de gracias por Augusto. Rebelde a las doctrinas filosóficas y partidario de la autoridad en derecho como en política, permanece fiel a las tradiciones de los jurisconsultos que le han precedido, y se deja guiar por sus antecesores (1).

Hasta el fin del reinado de Adriano tuvieron discípulos que permanecieron separados, si no en política, al menos por sus disidencias sobre un cierto número de cuestiones de Derecho. A Labeón suceden Nerva, Próculo, que da su nombre a la escuela de los proculeyanos; Pegaso, Celso, padre e hijo; Neracio. Tras Capiton vienen Masurio Sabino, el más célebre de los jurisconsultos de la escuela sabiniana, que le presta su nombre; Casio Longino, Javoleno Prisco, Salvio Juliano, el autor del edicto perpetuo (2). Mas estos jurisconsultos no sacrificaron jamás el interés de la ciencia del Derecho a un espíritu estrecho de rivalidad. Citan siempre con consideración las soluciones de sus adversarios y no titubean en abandonar la opinión de su escuela cuando la encuentran contraria a la verdad (3).

La distinción de las dos sectas se prolonga hasta mediados del siglo II de nuestra era. Bajo Antonino el Píadoso, Pomponio, por medio del Digesto, nos ha conservado un fragmento importante sobre la historia del Derecho Romano (4); es considerado como sabiniano, y Gayo, que ha visto el principio del reinado de Marco Aurelio, profesa todavía las opiniones sabinianas (5). Pero después de él se borra completamente la distinción, y los grandes jurisconsultos que se suceden hasta la muerte de Alejandro Severo no pertenecen a ninguna escuela.

Entre los más célebres es necesario citar, bajo Marco Aurelio, Marcelo y Cervidio Scévola. Un poco más tarde, al fin del siglo II, vivió Papiniano, que los antiguos y modernos le han considerado como el príncipe de los jurisconsultos romanos. Fué amigo de Septimio Severo. Prefecto del pretorio en 205, pereció asesinado en 212 por orden de Caracalla. El Digesto contiene numerosos fragmentos de sus obras, ninguna de las cuales ha llegado a nosotros. Paulo y Ulpiano, más jóvenes que Papiniano, le sobreviven después de haber sido sus rivales, y llegan a prefectos del pretorio, bajo Alejandro Severo. Ulpiano tiene por contemporáneo a Marciano, y por discípulo a Modestino, quien vivió a mediados del siglo III y fué el último gran jurisconsulto de la época clásica (6).

44. (1) En este sentido, Pomponio, L. 2, § 47, D., de orig. jur., I, 2: *Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt; nam Aetius Capito in his quae ei tradita fuerunt perseverabat: Labeo Fingenti qualitate et fiducia doctrinae, qui et caeteris operis sapientiae operam dederat, plurima innovare instituit.* Cf. Aulo Gelio, *Noches at.*, XIII, 12.—Tácito, *An.*, III, 75.—Las controversias que nosotros conocemos entre sabinianos y proculeyanos jamás justifican, aunque se haya pretendido lo contrario, la afirmación de Pomponio. Algunas solamente no revelan por cada escuela ninguna tendencia bien caracterizada.

(2) Los proculeyanos son también llamados *pegasianos*, del nombre de Pegaso, y los sabinianos, *casianos*, del nombre de Casio Longino.

(3) Cf. L. 3, D., de usufr., VII, 5.—L. 9, § 13 y L. 11, D., de hered. instil., XXVIII, 5.

(4) L. 2, D., de origine juris, I, 2.

(5) Gayo dice de los sabinianos: *Nostri praeceptores*, y para designar los proculeyanos *Diversae Scholae auctores*.—Cf. I, § 196.—II, §§ 15, 37, 79, 195, 200, 217 a 223, 231, 244.—III, §§ 87, 98, 141, 161, 167, 168, 178.—IV, §§ 78, 79, 114.

(6) Nosotros nos conformamos al uso de afrancesar los nombres de ciertos jurisconsultos, tales como Papinien, Paul, Ulpian. Pero será seguramente más lógico conservar a todos sus verdaderos nombres y decir Papiniano, Paulus, Ulpianus, como se dice Próculo, Javolenus, Pomponius.

N. del T.—Conservamos y reproducimos la anterior nota del autor para ser fieles a

CUARTO PERÍODO

De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano.

I.—Decadencia del Derecho.—Ley de Citas.

45.—Después de la muerte de Alejandro Severo comienza el período del Bajo Imperio, que se extiende hasta el reinado de Justiniano. Las guerras civiles, las luchas de los pretendientes al Trono, las invasiones de los bárbaros, acaban poco a poco la completa desorganización de la sociedad romana. En la multitud de emperadores que se sucede durante tres siglos hay algunos que, por su habilidad y su firmeza, detienen un instante este lento trabajo de disolución y dan al Imperio una apariencia de solidez. Pero no por ello estaba menos condenado a perecer. Con Constantino, el Cristianismo llega a ser la religión oficial, y la sede del Gobierno es trasladada de Roma a Constantinopla. Desde entonces la unidad del Imperio no podía subsistir largo tiempo. Después de la muerte de Teodosio I, se divide en dos partes: el Occidente y el Oriente. El Imperio de Occidente desaparece en 476, invadido por los bárbaros. El Imperio de Oriente, estrechado cada día por sus ataques, vuelve a encontrar en 535, con Justiniano, algunos años de prosperidad. Gracias al mérito de sus generales, este príncipe reconquista Italia y África y reúne por última vez bajo su dominación la mayor parte de las antiguas posesiones romanas. Pero pronto la Italia vuelve a caer en poder de los bárbaros, y después de la muerte de Justiniano el Imperio de Oriente no es más que un Imperio griego.

46.—En medio de estas revoluciones, ¿qué es del Derecho Romano? Las antiguas fuentes están casi todas agotadas; no se habla de leyes, de plebiscitos, ni de senadoconsultos. Los pretores no conservan casi nada de sus antiguas atribuciones (V. n.º 42). Quedan la *costumbre*, que ha conservado el poder de crear reglas obligatorias (1), y las *constituciones imperiales*, que llegan a ser una fuente, cada vez más activa, de derecho privado. En este período, los rescriptos son ya raros y su autoridad recibe importantes restricciones a partir de Constantino (2). Las Constituciones son publicadas, sobre todo bajo forma de edictos,

original, aunque, como fácil es de comprender, tal nota no tiene aplicación en una traducción española.

Sobre el punto tratado, es de utilidad consultar a Landucci, *Storia I*, párrafo 51.—Brini, *Delle due sette dei giureconsulti romani*. Bolonia, 1890.—Baviera, *Le due scuole dei giureconsulti romani*. Florencia, 1898, y Brugi, en el *Archivio giuridico*. XVII, n. s. III, 164.

Conviene afirmar que la disidencia entre las dos escuelas o sectas no se reflejaba sólo en el terreno teórico o de los escritos jurídicos, sino que alcanzaba, reflejándose también en ella, a la enseñanza. Por de pronto, ya el autor consigna en su nota 5 que Gayo calificaba en diversas ocasiones a los sabinianos de *nostri praeceptores*. Resta saber si es posible enlazar con la existencia de las dos escuelas el aserto de Aulo Gellio, según el cual había en Roma, en el siglo II después de J. C., *stationes jus publice docentium aut respondentium*. Si así fuese, las dos escuelas de sabinianos y proculeyanos habrían sido verdaderos establecimientos de enseñanza.

Ignoramos también a qué escuela pertenecían los contemporáneos de los jefes de escuela enumerados por Pomponio. De todas suertes, parece la cuestión bastante ociosa, dado el estado de los actuales conocimientos acerca de la división de las dos escuelas.

46. (1) Constantino parece haber quitado a la *costumbre* el poder de abrogar una regla de derecho escrito (L. 2, C., *quae sit longa consuet.*, VIII, 53 a 519). Pero su fuerza creadora está todavía atestiguada por Justiniano (I, § 9, *de jure nat.*, I, 2).

(2) Cf. Constantín, L. 2, C. Th., *de div. reser.*, I, 2, an. 315.—Arcadio y Honorio, L. 11, C. Th., *ead. an.* 398.—Justiniano, L. 12, C., *de legib.*, I, 14 an. 529.

leyes edictales, y se hallan en un número considerable; pues una sociedad nueva sucede a la antigua, las costumbres cambian y la legislación se transforma. Desgraciadamente, cualquiera que fuese el mérito de las nuevas teorías proyectadas por las Constituciones no sufrieron más la influencia de los prudentes. Las decisiones se multiplican sobre los puntos de detalle a riesgo de contradecirse; fué preciso el genio de un Papiniano para coordinarlas y combinarlas en la práctica con las reglas antiguas. Mas la ciencia del Derecho había caído en una profunda decadencia (3). Es que la jurisprudencia ha cesado de ser la principal preocupación de los espíritus. La actividad intelectual se concentra en lo sucesivo sobre las cuestiones religiosas y las controversias teológicas.

47.—Durante este abandono de toda investigación científica, la ignorancia de los jueces, deseosa de llegar a una rápida solución de los pleitos, encontró, sobre todo, un precioso recurso en las obras de los grandes jurisconsultos, las que suministraban un cuadro casi completo de la legislación. Mas la misma multiplicidad de estos escritos, sus numerosas disidencias complicaban singularmente las averiguaciones: los emperadores comprendieron la necesidad de una reforma (1).

Constantino busca el primero la manera de disminuir el número de obras a consultar, invalidando los escritos especiales, cuyas divergencias eran tanto más propias a causar la confusión, cuanto que sus autores gozaban de una mayor autoridad. En el año 321 quita de este modo toda fuerza a las notas que Paulo y Ulpiano habían escrito sobre Papiniano (2). El ejemplo dado por Constantino fué seguido, y la última palabra de estas medidas se encuentra en una célebre Constitución de Teodosio II y Valentiniano III, publicada en 426, y conocida bajo el nombre de *Ley de citas* (3). Esta Constitución confirma desde luego la autoridad de los escritos de Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino. Da por primera vez la misma fuerza a los escritos de Gayo, que no tenía el *jus publice respondendi*. Por último, reconoce el mismo valor a los escritos de los jurisconsultos citados por los cinco precedentes, tales como Scévola, Sabino, Juliano, Marcelo y otros, a condición, sin embargo, de que la exactitud del texto de sus obras fuese comprobada por la

(3) Ammien Marcellin., XXX, 4.—Mamertin.—*Gret. act. ad Jul.*, 20.

47. (1) N. del T.—Indudablemente, la facultad de responder oficialmente a las cuestiones de Derecho no pudo subsistir por más tiempo, dado que, menoscabadas las condiciones que a tanta altura habían mantenido la ciencia del Derecho en Roma, debía necesariamente menguar y casi anularse con el tiempo la autoridad de los jurisconsultos, que fué pasando insensiblemente a manos del príncipe, conforme al espíritu del despotismo que había invadido todas las instituciones. A la potestad imperial, una vez establecida la Monarquía absoluta, era natural correspondiese, no tan sólo crear la ley, sino también interpretarla. Ya Justiniano (C. 12, § 5, C., *de legibus et constit.*, I, 14), dice: *...tam conditor quam interpret legum, solus imperator juste existimabitur*. Por ello los pareceres imperiales, principalmente los consignados en los rescriptos, sustituyeron a la interpretación científica, la decrepitud de la jurisprudencia acrecentó la veneración a los escritos de los jurisconsultos de los tiempos precedentes, volviendo la vista a las glorias pasadas, puesto que faltaban en la época presente. No encontrando los jueces fundamento para sus resoluciones en los jurisconsultos contemporáneos, a fin de fijar de alguna manera la pública opinión, recurrieron a las obras de los jurisconsultos antiguos, y a ellas se atuvieron en sus decisiones. Pero este modo de proceder dió lugar a que se prescindiera de todo examen personal y razonado, porque siendo las obras de los jurisconsultos clásicos muchas y a veces discordantes, no pesaban ni apreciaban los jueces los motivos que determinaban sus decisiones, resultando que se citaban y alegaban las opiniones de los jurisconsultos contenidas en sus obras sin medirlas ni entenderlas bien. Este método, a todas luces deplorable, dió lugar a las medidas legislativas que se indican en el texto.

(2) L. 1, C. Th., *De responsa prud.*, I, 4: *Perpetuas prudentium contentiones eruerent cupientes, Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui dum ingenti laudem secuntur, non tam corrigere eum quam depravare maluerunt, aboleri praecepimus*.—Un texto de Justiniano (L. 1, § 6, C., *de vet. ur.*, I, 17), prueba que otra Constitución que no ha sido hallada invalidaba también las notas de Marciano sobre Papiniano.

(3) La ley de Citas se halla inserta en el Código Teodosiano: L. 3, *de responsa prud.*, I, 4.

comparación de los manuscritos (4). Si todos estos juriconsultos están en desacuerdo, la opinión de la mayoría es la que vence. En caso de división, la opinión de Papiniano es la preponderante, y si él no se ha pronunciado sobre la cuestión, el juez escoge la solución que prefiere. Las notas de Paulo y de Ulpiano sobre Papiniano quedan invalidadas. De este modo, de ninguna manera había de tener en cuenta el juez el valor intrínseco de cada opinión; su línea de conducta está toda trazada: hace cuentas, no aprecia. Estas disposiciones fueron felizmente derogadas por Justiniano, el que quiso, con razón, que fueran aprovechadas para sus trabajos las obras de todos los juriconsultos a los que había sido concedido el *jus publice respondendi*, y lo mismo las notas de Paulo, de Ulpiano y de Marciano sobre Papiniano (L. 1. §§ 4 y 6. C. de vet. jur. I, 17) (5).

II.—Trabajos de codificación anteriores a Justiniano.

48.—A las reglas de derecho clásico desarrolladas en los escritos de los juriconsultos, las Constituciones imperiales, cuyo número iba continuamente en aumento, añadían sin cesar reglas nuevas. Formaban toda una legislación, que designaban con el nombre de *leges*, por oposición al *jus*, es decir, al Derecho procedente de todas las otras fuentes (1). Bien pronto se hizo sentir la necesidad de reunirlos para hacer colecciones. Estos trabajos están destinados a clasificar las Constituciones y las otras partes del Derecho, llevándolas con mayor facilidad a conocimiento del público, que ante todo distingue este período, y que después de haber llegado a ensayos de codificación más o menos imperfectos sólo fueron llevados a buen fin bajo Justiniano.

1. *Código Gregoriano* y *Código Hermogeniano*.—Las primeras colecciones de las Constituciones, designadas bajo el nombre de *Códigos*, tuvieron un carácter privado, siendo obra de dos juriconsultos de quienes apenas se sabe nada, y que se llamaron, el uno Gregorianus o Gregorius, y el otro Hermogenianus o Hermógenes.—El *Código Gregoriano*, publicado bajo el reinado de Diocleciano, contiene una serie de Constituciones desde Septimio Severo hasta Diocleciano. La más antigua que hemos logrado es del año 196; la más reciente, del año 295. Está dividida en libros y en títulos. El *Código Hermogeniano* parece ser el complemento del anterior, al cual sigue. Sólo está dividido en títulos, reuniendo Constituciones desde Diocleciano hasta Valentiniano I, desde 291 hasta 365.

2. *Código Teodosiano*.—En 429, Teodosio II concibió el proyecto de un trabajo oficial legislativo. Una Comisión de ocho miembros fué encargada de reunir y clasificar todas las Constituciones imperiales desde Constantino y de reunir además una colección conteniendo extractos de trabajos de juriconsultos. Este trabajo, pues, debía de pro-

(4) Tal parece ser el sentido más natural de esta ley, que ha sido diversamente interpretada a causa de su oscuridad. He aquí, por otra parte, el texto: *Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censimus, ut Scaevolae, Sabini, Juliani, atque Marcelli, omniumque quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur...*

(5) N. del T.—La disposición de Teodosio sólo consiguió hacer aún más vacilante y arbitraria la jurisprudencia, toda vez que en lugar de un examen razonado de las diferentes opiniones, que antes era todavía posible, el juez se veía obligado a contar maquinalmente los votos. En otro sentido, cometió la ley de Citas una verdadera injusticia respecto a los demás juriconsultos que habían florecido en el período clásico de la jurisprudencia y que tan poderosamente contribuyeron al progreso de la ciencia del Derecho. Por esto es digna de aplauso la medida de Justiniano.

48. (1) Cf. *Consultatio vet. jurisc.*, VI, § 2.—VII, § 2.

mulgarse a la vez sobre el *jus* y sobre las *leges*. Pero parece ser que la Comisión no supo cumplir su tarea. En 496 designó el emperador otra nueva Comisión de dieciséis miembros, que sólo tenían que ocuparse de *leges*, y debió reunir las Constituciones de Constantino y de sus sucesores. Por otra parte, estaba autorizada para llevar a los textos las modificaciones que juzgara necesarias para hacerlos más claros, facilitando su aplicación (2).

Esta colección, dividida en dieciséis libros, fué terminada y publicada en Oriente en 438, bajo el nombre de *Código Teodosiano*. El mismo año fué comunicado al senado de Roma y declarada obligatoria en Occidente, donde reinaba Valentiniano III. Fué hecha la prohibición de invocar en justicia desde las calendas de enero 493 otras Constituciones que las que estaban insertas en el nuevo Código (3).

Desde esta época, el mismo Teodosio y sus sucesores hasta Justiniano publicaron, tanto en Oriente como en Occidente, Constituciones que son llamadas *Nuevas Teodosianas* y *Post-Teodosianas*. Por otra parte, en Occidente fué derribado el emperador romano desde el año 476, y entonces los conquistadores publican nuevas colecciones de leyes romanas para el uso de los súbditos romanos.

III.—Leyes romanas de los bárbaros.

49.—Las naciones que invadieron el Imperio de Occidente fundaron nuevos reinos sobre sus ruinas: los ostrogodos, en Italia; los borgoñones, al Este de esta comarca. Pero los vencedores respetaron la ley de los vencidos. Cada pueblo conservó su organización judicial y su legislación: fué el sistema de la *personalidad del derecho*. Así que para satisfacer las exigencias de esta nueva situación, los reyes bárbaros hicieron redactar para estas naciones las costumbres de sus países, *leges barbarorum*, haciendo además componer para sus súbditos romanos colecciones de reglas tomadas del Derecho Romano, *leges romanae*. Hubo tres compilaciones de este género: El *Edicto de Teodorico*, la *Ley romana de los visigodos* y la *Ley romana de los borgoñones*.

(2) Cf. sobre la confección del Código Teodosiano: L. 5 y L. 6. C. Th., de constil. princ., I, 1.

(3) Además de estos Códigos consagrados a las *leges*, se encuentran todavía en este período, en el iv y v siglos, otras colecciones, debidas a la iniciativa privada, conteniendo a la vez *jus* y *leges*, de las cuales no se conoce ni el autor ni la fecha precisa. Las principales son: Los *Fragmenta vaticana* y la *Collectio mosaicarum et romanorum legum*. Véase más adelante el n.º 58, II.

N. del T.—Los capítulos, que otros llaman artículos, del *Edictum Theodorici*, escaban tomados, según enseña la disposición penal, *ex novellis legibus et veteris juris sanctionibus*.—En la redacción de la obra no se ha reproducido el texto mismo de las fuentes; las reglas que allí figuran están las más presentadas bajo una nueva forma, pues a veces un pasaje del Edicto se ha compuesto en varias fuentes, por ejemplo, c. 11, 28, 70. Se advierten analogías entre ciertos pasajes del Edicto y algunas otras obras, por ejemplo, las *Responsa* de Paulo (C. 105, 139) y Ulpiano, de *officio proconsulis* (C. 57, 58, 74, 82, 103); pero no resulta que esos pasajes estén tomados de allí, y pudiera muy bien ocurrir que fueran tomados de las partes de las *Sententias*, que no poseemos. Por otro lado, es de advertir que en muchos casos la *interpretatio* ha sido consultada con preferencia al texto.

Es menester no pasar en silencio que lo que distingue al Edicto de Teodosio de las demás colecciones de los visigodos y de los borgoñones es que aquél regía tanto para los vencedores como para los vencidos, o sea tanto para los ostrogodos como para los romanos que les estaban sujetos, al paso que entre los visigodos, los borgoñones y los demás pueblos germánicos estaba en vigor el sistema personal, según el cual cada uno seguía la ley de su propia nación. Esta excepción única al sistema de los derechos personales entraña en los designios de Teodorico, quien se reputaba legítimo representante del Imperio romano, y de los dos pueblos quería formar una sola nación, igualando a los ostrogodos con los romanos en todo, excepto en el derecho de llevar *armas*, que fué reservado exclusivamente a los primeros.

1. *Edicto de Teodorico*.—Al principio del siglo VI de nuestra era, Teodorico, rey de los ostrogodos, publicó en Italia el *Edictum Theodorici*. Esta colección está dividida en 155 capítulos, conteniendo reglas tomadas de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano; de algunas Constituciones posteriores a Teodosio y de las sentencias de Paulo: el texto está corregido, apenas sin apercibirse. Reducido al derecho criminal y al derecho público en general, estaba destinado a regir, no solamente a la población romana, sino también a los ostrogodos. El Edicto tuvo una duración efímera. Después de la conquista de Italia por Narcés, cedió el lugar, en 554, a la legislación de Justiniano.

2. *Ley romana de los visigodos*.—Es la más importante de todas las leyes romanas publicadas por los reyes bárbaros. Fué compuesta para el reinado de los visigodos, por orden de Alarico II, sin ninguna otra calificación que la de *Lex romana*, aunque desde el siglo VI fué designada bajo el nombre *Breviarium Alarici*. Esta colección fué redactada por una Comisión de jurisconsultos, bajo la dirección de Goyarico, conde del Palacio, sometida después a la aprobación de una asamblea de obispos y de nobles, y publicada en 506 en Aire (Gasconia). Está tomada de dos fuentes: las *leges* y el *jus*, conteniendo el orden siguiente: 1.º Constituciones tomadas del Código Teodosiano.—2.º Novelas de los emperadores Teodosio, Valentiniano, Marciano, Mayoriano y Severo.—3.º Un compendio en dos libros de una parte de las Instituciones de Gayo y un extracto de las Sentencias de Paulo.—4.º Notas sacadas de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano.—5.º Un fragmento del libro I de las Respuestas de Papiniano. Estas diferentes partes, salvo el *Epítome* de las Instituciones de Gayo, van acompañadas de un comentario o *interpretatio*, que aclara el texto, resumiendo y modificando algunas veces sus disposiciones para ponerlas de acuerdo con las costumbres de la época. La *Interpretatio*, que durante largo tiempo fué considerada como obra de los autores del *Breviarium*, parece más bien, sin embargo, tomada de trabajos anteriores. Es reemplazado su texto por las Instituciones de Gayo, no conteniendo, por otra parte, más que un resumen muy incompleto (V. n.º 58, I, 1). Alarico II sólo sobrevivió un año a esta publicación. Pero la ley romana de los visigodos guardó su autoridad en España durante largo tiempo, y lo mismo al mediodía de la Galia. Todavía hoy tiene su importancia por la conservación de las fuentes del Derecho Romano; de esta colección únicamente conocemos las Sentencias de Paulo y los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano.

3. *Ley romana de los borgoñones*.—Poco tiempo antes de su muerte, ocurrida en 516, Gondebardo, rey de los borgoñones, publicó su ley nacional (*Ley Gámbela*). En el segundo prefacio de esta ley, reeditada en 517, su hijo Segismundo anunció la redacción de un Código especial de leyes romanas para sus súbditos galo-romanos. El proyecto, en efecto, fué realizado algunos años después. Este Código, de poca extensión, comprende cuarenta y siete títulos; está compuesto de textos sacados del Breviario de Alarico y acaso de otras obras de Derecho Romano. Es la *Lex Romana Burgundionum* (1). Cayó en desuso después del fracaso del reinado de los borgoñones en 534, siendo reemplazado por el Breviario de Alarico.

49. (1) Se la llama también *Responsa Papiani* o el *Papiniano*, cuyo nombre se explica de la manera siguiente: En los manuscritos donde la *Lex romana Burgundionum* seguía al *Breviario de Alarico*, la última hoja del breviario, conteniendo un fragmento de *Responsa Papiani* (contracción de *Papiniani*), hubiera sido tomada por la intitulada de la ley de los borgoñones y papinianos por el nombre de un jurisconsulto desconocido autor de las colecciones. Aunque esta explicación sea probable, el error fué atribuido sin razón a Cujas, pues los manuscritos del siglo X ya la llaman la ley de los Borgoñones: *Capitula Papiniani libri responsorum*.

IV.—Trabajos legislativos de Justiniano.

50.—En la época en que Justiniano subió al Trono, en 527, la reforma de las leyes romanas vino a ser obra indispensable. Desde hacía diez siglos, los plebiscitos, los senadoconsultos, los edictos de los magistrados, las obras de los jurisconsultos y las Constituciones imperiales llenaron millares de volúmenes, cuyas reglas de Derecho formaban un verdadero caos. Aun comprobando el mal (1), Teodosio sólo aportó un remedio insuficiente, codificando tan sólo las Constituciones imperiales. Es verdad que también tuvo la idea de redactar una colección donde hubieran estado fundidos y de común acuerdo extractos de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano juntamente con los tratados de los jurisconsultos puestos en vigor desde la ley de Citas. Pero no dió paso a este proyecto. Justiniano emprendió una obra análoga, que terminó. Este trabajo de codificación, donde se mantiene la separación del *jus* y de las *leges*, comprende cuatro colecciones: El *Código*, el *Digesto*, las *Instituciones*, una *Nueva edición del Código*. Hay que añadir las *Novelas*.

1. *El Código*.—Justiniano se interesa, en primer lugar, por las *leges*. En 528 nombra una Comisión de diez miembros, encargada de reunir en una sola obra los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, añadiendo las Constituciones posteriores y tachando las repeticiones, contradicciones y las reglas caídas en desuso, aunque teniendo cuidado en respetar el orden cronológico. Esta obra fué terminada en catorce meses y publicada en 529, bajo el nombre de *Codex Justinianus*. Estaba dividida en doce libros. Cinco años más tarde, Justiniano hizo aparecer otra nueva edición.

2. *El «Digesto» o las «Pandectas»*.—Después de la codificación de las *leges*, Justiniano se ocupó del *jus*. En 530 encargó a Triboniano, cuestor del Palacio, de redactar una colección compuesta de extractos de escritos de los jurisconsultos que hubiesen obtenido la concesión del *jus respondendi*. Triboniano se hizo asistir para esto de una Comisión de dieciséis miembros. Era un trabajo inmenso: había que examinar más de diez mil compendios, que comprendían más de tres millones de líneas. Pero fué tan grande el celo de la Comisión, que en tres años quedó terminada. Esta colección sólo contenía cincuenta mil líneas, tomadas de treinta y nueve jurisconsultos. Fué publicada y declarada obligatoria en diciembre del 533. Esto es el *Digesto* o las *Pandectas* (2).

Durante el intervalo de 529 a 531, para facilitar el trabajo de la Comisión, Justiniano había publicado cincuenta Constituciones, por las cuales decidía cuestiones discutidas entre los antiguos jurisconsultos. Se las llama las *quinquaginta decisiones*. Fueron, sin duda alguna, reunidas en una colección, pero no las hemos logrado.

Las materias que componen el *Digesto* están repartidas siguiendo el

50. (1) Cf. la constitución colocada a la cabeza del Código Teodosiano, *De Theodosiani Codicis auctoritate*, §§ 1, 2, y 3, y L. 5, C. Th., *De constit. princ.*, I, 1.

(2) *Digesto* procede del latín *digerere* (digestum), poner en orden, clasificar.

Pandectas procede del griego *πανδέκτης*; es la colección que comprende todo el Derecho.

N. del T.—P. Krüger, en su *Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano*, afirma que no puede dudarse que el móvil principal de los trabajos de Justiniano en materia de legislación fué el amor a la gloria, la vanidad personal. Véase una apreciación notable de la obra de Justiniano en Ranke, *Weltgeschichte*, IV; Gibón, *Hist. of the decline and fall of the Rom. emp.*, cap. 40 a 43.

orden del edicto perpetuo y divididas en cincuenta libros. Cada libro contiene varios títulos (3).

Cada título está designado por una rúbrica conteniendo cierto número de *fragmentos* tomados de los escritos de los juriconsultos y llamados *leges* (4).

Estos fragmentos, de extensa variación, están numerados. Cada uno de ellos lleva una *inscriptio*, indicando el nombre del juriconsulto y el título y la partida de la obra de la cual ha sido tomado. Los más extensos están divididos en párrafos numerados; el primero no lleva ningún número, es el *principium*; el segundo lleva el número 1 (5).

Justiniano dividió el *Digesto* en siete partes, comprendiendo cada una cierto número de libros; pero esta división no tiene interés alguno (6).

3. *Las Instituciones*.—Mientras se trabajaba en el *Digesto*, Justiniano hizo redactar una obra elemental destinada a la enseñanza del Derecho. En 533 encargó esta misión a Triboniano, cuestor del Palacio; a Teófilo, profesor de Derecho en Constantinopla, y a Doroteo, profesor en Beryto. Esta colección fué publicada bajo el nombre de *Instituciones*, habiendo sido declarada obligatoria en el mes de noviembre de 533, lo mismo que el *Digesto* en diciembre del mismo año.

Las *Instituciones* están compuestas de fragmentos tomados de los juriconsultos clásicos, pero sin indicación de fuentes, extractos o resúmenes de Constituciones imperiales, destinados a indicar los cambios del Derecho en la época de Justiniano. Las fuentes de donde las han extraído los redactores son, principalmente: las *Instituciones* y las *Res collidianae* de Gayo; además, algunos tratados del mismo género, las *Instituciones* de Florentino, de Ulpiano, de Marciano, las *Reglas* de Ulpiano; en fin, el *Digesto*, de donde parece haber tomado sin recurrir a obras originales todos los extractos de trabajos, más que las *Instituciones* y las *Reglas*. Han seguido el mismo plan general que las *Instituciones* de Gayo, habiendo dividido la colección en cuatro libros, subdivididos en títulos.

El libro I trata de *personas*; el libro II, el III y los cinco primeros títulos del libro IV se ocupan de las *cosas*; el final del libro IV está dedicado a las *acciones*. Cada título lleva una rúbrica y comprende un prin-

(3) Por excepción, los libros 30, 31 y 32 contienen cada uno un solo título, teniendo por rúbrica: *De legatis et fideicommissis*. Para citar estos tres títulos, se les distingue por números: *De legatis* 1.º, *De legatis* 2.º, *De legatis* 3.º.

(4) Los fragmentos parecen repartidos en cada título siguiendo un método uniforme. Sobre esto, Bluhme, un autor alemán, hizo, en 1818, la conjetura siguiente: La Comisión se dividió en tres secciones, siéndole confiada a cada una el desarrollo de una serie de trabajos. Teniendo en cuenta la obra capital puesta en cada serie, Bluhme, distingue: la *serie Sabiniana* (comentarios sobre los escritos de Sabino), la *serie del Edicto* (comentarios sobre el Edicto) y la *serie Papiniana* (trabajos especiales de Papiniano y de otros juriconsultos). Habiendo terminado sus trabajos las tres secciones, se continuaron en cada título los extractos de cada serie, siguiendo, por regla general, el mismo orden: 1.º, *Serie Sabiniana*; 2.º, *Serie del Edicto*; 3.º, *Serie Papiniana*. Poniendo también a menudo de cabecera la serie más importante.

(5) Para citar al *Digesto*, indicamos: la ley y el párrafo de la ley, la rúbrica del título, los números del libro y del título. Por ejemplo, L. 1, § 2, D., *de dolo malo*, IV, 3; es decir: Ley 1, párrafo 2, del *Digesto*, del título que tiene por rúbrica: *de dolo malo*, libro IV, título 3.—D. (*Digesto*) se reemplaza algunas veces por P. (*Pandectas*) o por ff. (puesto por *fragmenta* o procediendo acaso de una D. alterada en los manuscritos). También se cita de la manera siguiente: D., 4, 3, *de dolo malo*, 1, 2; o así: D., 4, 3, 1, 2, que es más breve, pero menos claro.

(6) Sobre la confección del *Digesto* existen informes muy completos provistos por las Constituciones de Justiniano, que forman los prefacios de esta obra. Cada una de ellas está designada por las primeras palabras del texto. Hay cuatro. Dos de ellas, *De conceptione Digestorum*; la constit. *Deo Auctore*... de 500 y la constit. *Omnem republicae*... de 533. Dos *De confirmatione Digestorum*; la constit. *Tanta*... de 533 y la constit. *Δεδοικας* (*Dedit nobis Deus*) de la misma fecha, que no es más que una variante de la const. *Tanta*.

cipium, y párrafos numerados (7). Por regla general, es atribuido a Teófilo como uno de los autores de las *Institutiones*, una Paráfrasis griega de dicho trabajo, que contiene informes sumamente útiles para el conocimiento del texto, al lado de errores ciertos.

4. *El nuevo Código*.—El Código publicado en 529 no estaba más al corriente en la época en que aparecieron las otras colecciones. Justiniano había publicado desde entonces buen número de Constituciones, que sintió no verlas figurar. Entonces se dedicó a ordenar una segunda edición del Código. El *Codex repetitae praelectionis*, fué publicado en diciembre de 534. Es el único que hemos logrado (8).

Obra de una Comisión de cinco miembros presidida por Triboniano, está dividida en doce libros, consagrados: el libro I, al Derecho eclesiástico, a las fuentes del Derecho y a los oficios de los funcionarios imperiales; los libros II a VIII, al Derecho privado; el libro IX, al Derecho penal; los libros X a XII, al derecho administrativo. Los libros se subdividen en títulos. Cada título lleva una rúbrica conteniendo cierto número de Constituciones o leyes, numeradas y clasificadas por orden cronológico. Empieza cada una de ellas por la indicación del nombre del autor, y, en general, termina por la fecha de publicación. Las más extensas están divididas en *principium* y en párrafos (9).

5. *Las Novelas*.—Después de publicado el nuevo Código, Justiniano declaró que en adelante no habría ninguna otra edición, y que las Constituciones que publicara después formarían una obra especial llamada las *Novelas*, *Novellae constitutiones*. En efecto, hizo todavía aparecer, sobre todo hasta 545, fecha de la muerte de Triboniano, Constituciones importantes; pero no cumplió la promesa de reunir las en una colección.

En defecto de la codificación ordenada por Justiniano, las *Novelas* han sido objeto acaso en vida, pero sobre todo después de su muerte, de numerosas publicaciones.

a) Hacia el año 555, Juliano, profesor de Derecho en Constantino-pla, publicó en latín un resumen de 124 *Novelas*, destinado, sin duda, a Italia, donde el Derecho de Justiniano acababa de ser publicado. A esta colección se la llama el *Epítome Juliano* (10); b) Otra colección de fecha desconocida comprende la traducción literaria, en latín, de 143 *Novelas*. Es conocida bajo el nombre de *Authenticum corpus Novellarum* o *Authentica*, sea porque reproduce el texto de las *Novelas* con más fidelidad que el *Epítome*, o porque hubiera constituido, según ciertos autores, una traducción oficial de *Novelas* escritas en griego; c) En fin, la edición más completa e importante data del fin del siglo vi. Contiene 138 *Novelas*, escritas la mayor parte en griego, de las cuales siete son posteriores a Justiniano.

Cada *Novela* empieza con un *prae fatio*, indicando los motivos y terminando con un *epítome* que regula su aplicación. Las mismas disposi-

(7) Para citar a las *Institutiones* de Justiniano, indicamos el párrafo y la rúbrica del título, además del número del libro y del título: 1, § 3, de usufructu, II, 4; es decir: *Institutiones*, párrafo 3 de usufructu, libro II, título 4.—Otros procedimientos de citaciones: 1, 2, 4, de usufructu, 3-0: 1, 2, 3, 4.

(8) La constit. *Cordi...*, del año 534, sirve de preferencia al nuevo Código. Está precedida de otras dos: la constit. *Haec quae necessario...*, de 528, y la constit. *Summa reipublicae...* de 529, las dos referentes al antiguo Código.

(9) Citamos tanto en el Código como en el Digesto: solamente una C. en vez de una D. Indica que se trata de un texto del Código, por ejemplo: L. 26, § 1, C., de usuris, IV, 32; es decir: ley 26, párrafo I del Código, al título: de usuris, libro IV, título 32.—Otros procedimientos de citación: C., 4, 32, de usuris, 26, 1; o así: C., 4, 32, 26, 1.

(10) Según ciertos autores, el *Epítome* se hubiera publicado después de la muerte de Justiniano, en 570. Pero Juliano, en el curso de la obra, llama a Justiniano *Imperator noster*.

ciones comprenden uno o varios capítulos, subdivididos en párrafos (11).

51. *Carácter y apreciación de la obra de Justiniano.*—Los trabajos de Justiniano tienen un doble carácter: a) En primer lugar es una obra de *codificación*, obra completa, abrazando todas las partes del Derecho, el *ius* y las *leges*.—b) Es también una obra de *legislación*. Justiniano no se contenta solamente con codificar, da fuerza de ley a todas sus colecciones, a las *Instituciones*, al *Digesto* y al *Código* (1), y abroga toda otra fuente del Derecho Romano. Prohíbe además el comentar el *Digesto*, con objeto de evitar nuevas controversias, y únicamente permite traducir el texto en griego, con tal de que la traducción sea literal (*κατὰ νόον*; hacer sumarios (*Indices*), o en fin, completar las disposiciones de un título por el resumen de las reglas contenidas en otros títulos sobre el mismo motivo (*ζαπάντιον*) (2).

La obra de Justiniano ha sido apreciada de diferentes maneras. Para hacer sobre ella un juicio imparcial, no hay que olvidar el fin que se proponía alcanzar. Que ha existido el pensamiento de transmitir a los siglos futuros un cuadro en conjunto del Derecho Romano, tal como le representaban las obras de los grandes jurisconsultos, es difícil afirmarlo. Lo que es más cierto es que ha querido extraerlo de todas las fuentes y crear, en caso de necesidad, reglas de Derecho, en relación con la civilización y costumbres de su tiempo.

Es, sobre todo, como legislador, como hay que examinarle. En este punto de vista, es justo reconocer que Justiniano es el autor de excelentes reformas, aunque, sin embargo, se le puede tachar de falta de conocimientos de conjunto. Espíritu variable, vuelve a menudo sobre los mismos temas, antes de dar una solución definitiva. Sin duda ninguna, el estilo de sus Constituciones es pomposo y ampuloso, no teniendo nada de la sencilla elegancia, de la concisión de los jurisconsultos clásicos. En cambio, es enemigo de sutilezas y complicaciones inútiles, teniendo el mérito de haber creado en todas las partes algunas teorías más amplias y equitativas que las del antiguo Derecho Romano. En primer lugar, se puede citar el nuevo sistema de sucesión *ab intestato*, que establece por las *Novelas* 118 y 127.

Desde el punto de vista histórico, la importancia de los trabajos de Justiniano ha sido considerable. En efecto, mientras que el tiempo y la barbarie aniquilaban poco a poco las obras de los jurisconsultos romanos, el *Digesto* remediaba en parte esta pérdida, conservándonos fragmentos importantes de sus tratados donde se ven claramente en varias formas las brillantes dotes de sus autores (3). Es de sentir, es muy cierto, que el texto no haya sido siempre respetado. Los redactores del *Digesto*, teniendo que hacer obra de legisladores, quisieron evitar las antinomias, según las instrucciones de Justiniano y colocar en esta obra los fragmentos que insertaban, en armonía con el Derecho de su época. De ahí las alteraciones o *interpolaciones*, fáciles casi siempre de reconocer, pero que hacen a veces difícil la aclaración de los textos (4). Sin embar-

(11) Para citar un texto de novelas se indica el párrafo, el capítulo y la *Novela*. Por ejemplo: Nov., 118, c. 3, § 1; es decir: *Novela* 118, capítulo 3, párrafo 1; o Nov. 118 pr.: esto es: *Novela* 118, *prælatio*.

51. (1) A causa de esta fuerza legislativa es exacto calificar de *leges* los fragmentos que componen el *Digesto*, lo mismo que las constituciones del Código.

(2) Cf. *Constit. Deo auctore*, § 12.—*Constit. 7 antea*, § 21.

(3) Todos los fragmentos insertos en el *Digesto*, conservados en otras colecciones de menor importancia, han sido reunidos por Lenel. Ha colocado y acercado en su orden primitivo los textos de cada autor y de cada obra del mismo autor, *secundum auctores et libros*, en una colección de dos volúmenes: la *Palingenesia juris civilis*, 1889.

(4) Estas interpolaciones son llamadas a veces *Emblemata Triboniani*, o *Tribonianismos*; las que en la actualidad han sido constatadas están señaladas en las ediciones más recientes del *Digesto*: la oncenava edición de Mommsen (1908) y la edición de Milán en curso de publicación (primer volumen, 1908). V. n.º 59, 1, 2.

go, no ha impedido que quedaran en el *Digesto* varias contradicciones, aunque Justiniano afirma lo contrario.

En resumen: en los trabajos legislativos de Justiniano, como en toda obra humana, se encuentra para alabar y para criticar. Pero también haber emprendido semejante tarea en una época de decadencia, y haberla llevado a su fin completo, es indicio de una inteligencia y de una voluntad poco comunes. Este solo recuerdo es bastante para la gloria de Justiniano, que ordenó su edificación, y para la de Triboniano, que la dirigió (5).

52.—Fué a la muerte de Justiniano, en 565, cuando termina la historia propiamente dicha del Derecho Romano. El trabajo de formación que hemos seguido desde el origen de Roma está ya terminado. El Derecho Romano ha recibido de Justiniano una forma nueva y definitiva; en adelante regirá pueblos que no tengan nada de romanos, pues Justiniano reúne y reconstruye por última vez sobre su autoridad el Imperio romano casi entero. Después de él, el Occidente vuelve a los bárbaros y el Oriente es un Imperio griego o bizantino donde ya no se habla ni se escribe más que en latín, sino en griego. Ya no será más causa de desarrollo para el Derecho Romano; sólo lo será de destino. ¿Qué será de él en medio de las nuevas sociedades que se suceden en Oriente y Occidente? He ahí un caso de estudio, unido a la historia general del Derecho. Nos limitaremos a dar aquí algunas nociones indispensables.

§ 5.—Del destino del Derecho Romano en Oriente y en Occidente.

53.—I. *Destino del Derecho Romano en Oriente.*—La legislación de Justiniano continuaba rigiendo oficialmente el Imperio de Oriente hasta su caída. Pero, en realidad, sufrió hasta aquí varias transformaciones.

Después de la muerte de este príncipe, y aun en su vida, todas las partes de su obra fueron objeto de traducciones. A pesar de su prohibición, hicieron también del *Digesto* un número considerable de párrafos y verdaderos comentarios disimulados bajo el nombre de *Indices*. Únicamente conocemos estos trabajos, debidos a jurisconsultos del final del siglo VI y principios del VII, por citas o sumarios insertos en las *Basilicas*. En general, los trabajos de esta época tienden a facilitar por la práctica el uso del derecho de Justiniano. Pero después de haber empleado su actividad intelectual los jurisconsultos griegos durante varios años, se extinguió luego durante más de dos siglos, cesando la enseñanza del Derecho.

En el siglo VIII volvió a abrirse la era de las compilaciones oficiales. De las reglas de Derecho de Justiniano había muy pocas que no se hubiesen aplicado, y después de su muerte, varias de sus Constituciones hicieron crear otras nuevas. Los emperadores griegos intentaron componer trabajos sobre la legislación en vigor de sus tiempos. Así que en 740 León III, el Isáurico, publicó *Εκλογή τῶν νομῶν*, o Ley *Isáurica*, conteniendo, al lado de los textos sacados de colecciones de Justiniano, nuevas y originales disposiciones, particularmente sobre el ré-

(5) Cf. *Constit. Cordi...* § 2: *Tribonianum... legitimum operis nostri ministrum*. N. del T.—Es preciso hacer notar que el autor, en la página 63, y al referirse a las colecciones privadas de *Novelas*, cita, bajo la letra c, la griega, a la que atribuye un contenido de 138 *Novelas*. La generalidad de los autores fija el número de éstas en 168, de las cuales 153 son de Justiniano y las demás de sus sucesores, especialmente de Justino II y Tiberio II, y sostienen que dos *Novelas* se insertaron dos veces, y otra se reprodujo en griego y en latín.

gimen matrimonial. Después de más de un siglo, en 878, fué criticado y abrogado como inútil este manual por Basilio, el Macedoniano, que publicó otro del mismo género, el *Προχαιρον* o *Προχαιρός νόμος*. En 886, una segunda edición retocada de esta obra, o más bien una revisión que quedó sin publicarse en estado de proyecto, fué llamada de *Επαναρωγή των νόμων*.

Basilio concibió también el proyecto de reunir en una sola compilación las cuatro colecciones de Justiniano, combinadas con la legislación posterior. Esta revisión de leyes antiguas, *Ανακάθαρσις τῶν παλαιῶν νόμων* empezada hacia el año 876, fué terminada y publicada por su hijo, León, el Filósofo, de 886 a 911. La obra, escrita en griego, fué más tarde llamada las *Basilicas* (1). Se compone de seis partes y de sesenta libros divididos en títulos. Los títulos están subdivididos en capítulos y párrafos. En cada materia, las *Basilicas* reproducen en griego las disposiciones de las *Instituciones*, del *Digesto*, del *Ódigo* y, en fin, de las *Novelas*. En el siglo II, el texto fué acompañado de notas o *scolios*, conteniendo ejemplos, explicaciones y comentarios, ofreciendo casi siempre mucho interés, pues los jurisconsultos griegos que las escribieron tenían a su disposición las obras de los jurisconsultos clásicos. Después de cierto tiempo las unieron también los *scolios nuevos*, de menor importancia. Las *Basilicas* no fueron publicadas como ley abrogando las colecciones de Justiniano; pero desde el siglo XII las fueron reemplazando poco a poco, acabando por servir exclusivamente de base a los estudios de Derecho y a la práctica.

Entre las obras de Derecho Romano compuestas en Oriente después de las *Basilicas*, la más célebre fué la de Constantino Harmenópulo, juez de Tesalónica, que publicó un manual, en 1345. *Πρόχειρον* o *Promptuarium*, llamado también el *Εξήριθμος*, por estar dividido en seis libros. Esta colección, que contiene notas sacadas de las *Basilicas*, presenta un resumen claro y metódico de Derecho grecorromano en su última forma. Tiene una autoridad igual a la de la ley, contribuyendo a formar el Derecho civil en Grecia, cuando Mahomed II conquistó el Imperio de Oriente en 1453, dejando a los vencidos su legislación.

54.—II. *Destino del Derecho Romano en Occidente*.—Ya hemos dicho cómo, desde el principio del siglo VI, y antes del reinado de Justiniano, el Derecho Romano sobrevivió a la conquista del Imperio de Occidente por los bárbaros, gracias al sistema de la personalidad de las leyes; y cómo las colecciones de leyes romanas fueron publicadas por los conquistadores. (V. n.º 49). Desde que Italia fué reconquistada por Narsés, la legislación de Justiniano reemplazó al Edicto de Teodorico (1). En 568 llegaron los lombardos y fundaron un nuevo Imperio; pero esta legislación quedó en vigor, sobre todo en las ciudades que guardaron cierta independencia, tales como Roma y Rávena. En la Galla no fué conocido el Derecho de Justiniano hasta el siglo IX, siendo hasta entonces el *Breviario* de Alarico el que conservó su autoridad, y cuando se extendió

53. (1) El nombre *Basilicas* (τά Βασιλικά) procede, bien del nombre de Basilio el Macedonio o bien de Βασιλικαὶ διατάξεις, Constituciones imperiales.

54. (1) Fué motivo de una decisión expresa de Justiniano en una Constitución o *Sanctio pragmatice*, publicada en 554 y designada habitualmente por las primeras palabras del texto: *Pro petitione viginti...*

N. del T.—No podrá menos de comprenderse la importancia que para el romanista tienen los trabajos de los jurisconsultos coetáneos a Justiniano en la jurisdicción grecorromana, reflexionando que toda la obra de ésta se funda en aquellos trabajos, de cuyos autores algunos colaboraron en las diversas partes del *Corpus juris civilis*.—V. Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*; Zachariae, *Juris graeco-romani historiae delinatio*; Ferrini, *Fonit*, y Heinsbach, en la *Enciclopedia* de Ersch y Grueber, vol. 37.

Un rápido y completo resumen del Derecho Romano en Occidente se expone en Landucci, *Storia*; y de Occidente y Oriente, en Krüger, *Historia y fuentes de Der. Rom.*

la dominación de los francos en las provincias donde se aplicaba el Derecho Romano, no se abandonó su uso. Extendido de esta manera el Derecho Romano, lo mismo en Francia que en Italia se practicó aún en el período oscuro de la Edad Media. Su conservación lo atestigua una obra compuesta en Valencia, en el Delfinado, en fecha desconocida, entre 868 y 1068, llamada *Petrus* o *Petri exceptiones legum romanarum*. Comprende cuatro libros extraídos de las colecciones de Justiniano, y consagrados a las personas, a los contratos, delitos y al procedimiento. Del autor no se conoce nada más que el nombre. Por otra parte, es muy difícil averiguar, en medio de las tinieblas de esta época, cuál fué la influencia del Derecho Romano, y si como ley subsistió, en cambio, como ciencia, dejó de ser cultivado hasta el fin del siglo xi.

55.—Pero, a partir del siglo xi, una nueva actividad intelectual reanima en Italia el estudio del Derecho, de las Ciencias y de las Letras. Se funda en Bolonia una escuela, que por sus enseñanzas y trabajos extendió bien pronto en toda Europa el gusto y la admiración del Derecho Romano. Una vez empezado el movimiento, no quedó limitado solamente en Italia.

En los siglos siguientes parece ser que siguió una marcha regular, desde el Mediodía hasta el Norte. En el siglo xvi pasa a Francia, donde sus sabios elevan la ciencia de las leyes romanas a una altura que jamás ha sido sobrepujada, mostrándose dignos intérpretes de los jurisconsultos romanos de la época clásica. De ahí que el Derecho Romano continuara su emigración hacia el Norte, por Bélgica y Holanda. En el siglo xix fué particularmente en Alemania donde se concentró el estudio de esta legislación. Sólo nos resta decir brevemente cuál ha sido el resultado de estos trabajos.

1. *Escuela de los glosadores*.—Fué jefe de esta escuela Irnerio de Bolonia, que murió hacia mediados del siglo xii. Profesó el Derecho con lucidez, dejando discípulos que continuaron su obra. Los cuatro más célebres, muertos pocos años después que él, fueron Bulgaro, Martino Gosia, Jacobo y Hugo. Los jurisconsultos de esta escuela estudiaron el Derecho Romano según las colecciones de Justiniano, cuyo conjunto, desde esta época, toma el nombre de *Corpus juris civilis*, por oposición al *Corpus juris canonici*. Buscan el sentido de dichos textos, comentándolos y añadiendo notas marginales o interlineales, llamadas *glosas*, de donde proviene el nombre de glosadores. En el siglo xiii fué terminado su trabajo, y ya no crean más; coleccionan las notas de sus antecesores. Acurcio, muerto hacia el año 1260, compuso y publicó la *Glosa grande*, en la cual reunía, con las suyas, todas las glosas de sus predecesores.

La obra de los glosadores es considerable. Se les ha criticado con razón su ignorancia en historia y el mal gusto de sus ejemplos (1). Aunque tampoco hay que olvidar que, llegados después de varios siglos de barbarie, se veían privados de todas las fuentes históricas y literarias que más tarde tuvieron los jurisconsultos a su disposición. Reducidas al texto de las compilaciones de Justiniano, son prueba a menudo en la interpretación de las leyes más oscuras, de enorme penetración.

55. (1) Rabelais, *Pantagruel*, II, 5 y 10.

N. del T.—El primer maestro glosador de quien los historiadores hablan es Pepo, doctor precursor de Irnerio.

Refiere el cronista Otton Morena que, preguntado Irnerio en el momento de su muerte por cuál de los cuatro glosadores se inclinaba para nombrarle maestro y sucesor en la escuela de Bolonia, contestó:

*Bulgarus os aureum, Martinus copia legum
Mens legum est Hugo, Jacobus id quod ego,*

et sic, concluye el cronista; *dictus Jacobus fuit doctor*.

Gracias a pacientísimas rebuscas, han podido establecerse entre las diferentes partes de esta obra aproximaciones y repudiaciones, de las cuales disfrutamos hoy día. En fin, se han aplicado también para la corrección del mismo texto. En posesión de diversos manuscritos del *Digesto*, han llegado, por un examen general de variantes, a establecer un texto, adoptado desde entonces, por regla general, y llamado por esta razón la *Vulgata, versio vulgata* (2). Los glosadores sometieron al mismo trabajo de crítica los manuscritos de las *Instituciones*, del *Código* y del *Authenticum*, que tenían entre manos. De 134 *Novelas* que contiene esta colección, estudiaron las más importantes, en número de 97, divididas en nueve *collationes*, dejando a un lado las otras como inútiles (*extraordinariae* o *extravagantes*). Cuando alguna Constitución del *Código* se modifica por una *Novela*, se ha hecho de esta *Novela* un extracto o resumen, inserto en el *Código*, seguido de la ley así modificada. Estas anotaciones son llamadas *Auténticas* (*Authenticae*), del nombre de la obra de donde son tomadas.

Puede formarse idea de la influencia de los glosadores añadiendo que son los que despertaron en Europa la afición a los estudios jurídicos. Uno de ellos, Vacario, llevó a Inglaterra manuscritos de las colecciones de Justiniano, enseñando en Oxford hacia el año 144. Otro glosador, Placentino, fundó hacia el año 1180, en Montpellier, una escuela de Derecho, contribuyendo con su enseñanza a propagar en el mediodía de Francia el conocimiento del cuerpo de Derecho de Justiniano. El estudio de esta legislación tomó bien pronto tal vuelo, que el Papa Honorio III, para asegurar la preponderancia del Derecho canónico, prohibió en 1220 enseñar en la Universidad de París el Derecho Romano. Esta prohibición no impidió a este Derecho extenderse en toda Francia, pero quedando particularmente la ley de las provincias meridionales que formaban los antiguos reinos de los visigodos y de los borgoñones (3).

2. *Los bartolistas o comentaristas.*—Hacia la mitad del III siglo, el estudio del Derecho Romano cayó en plena decadencia. Se entregan servilmente a la glosa, que acaba por tener mayor autoridad que el texto. Este exceso trae una reacción. Al principio del siglo XIV, Bartolo, de Saxoferrato, que enseñaba el Derecho en Pisa y en Perusa, hizo prevalecer un nuevo método. Al contrario del genio de los jurisconsultos romanos, que no son nada generalizadores, busca la manera de hacer teorías. Pero en sus tratados abusa de las formas escolásticas, de divisiones y distinciones ingeniosas. Sus discípulos siguen el mismo camino, pero exagerando aún los defectos del maestro, y casi durante dos siglos esta escuela, que no supo sacar ningún provecho de los trabajos de la época sobre los antiguos romanos, ejerció sobre el Derecho una influencia funesta.

3. *Renacimiento del Derecho. La escuela histórica.*—En el siglo XVI se vió reflorcer, con las letras latinas y griegas, el estudio de la jurisprudencia. Empezada en Italia en tiempos de Alciato, este renacimiento del Derecho se extendió bien pronto por toda Francia. La nueva escuela no se sujetó más al examen, a menudo estéril, del texto de la ley. Extrae de todas las fuentes donde puedan enseñarla, sobre la lengua y costumbres de los romanos. Saca provecho de la historia, de la poesía, de la literatura; así que el estudio del Derecho se extiende y se ilumina; más de una controversia se borra.

Esta escuela *histórica* fué una escuela francesa, por el número y el

(2) V. n.º 59, I.—A los glosadores se remonta la división del *Digesto* en tres partes: El *Digestum vetus*, el *Infortiatum* y el *Digestum novum*.

(3) Estas provincias fueron designadas bajo el nombre de *paises de derecho escrito*, por oposición a las provincias situadas más al norte de Francia, donde prevalecieron las costumbres germanas, que fueron llamadas *paises de costumbres*.

talento de los jurisconsultos que se colocaron en Francia a la cabeza del movimiento. Los dos más célebres fueron Cujas y Doneau, que enseñaron los dos el Derecho en Bourges, y murieron hacia el año 1590. Cujas, que nunca se ha excedido en el examen de los textos, une a un conocimiento profundo de la historia y de la literatura romanas un genio que le hace con frecuencia igual a los grandes jurisconsultos cuyas obras comenta. En cambio, Doneau brilla por otras cualidades. Espíritu más llevado por la filosofía, compuso, más que nada, tratados dogmáticos.

En el siglo XVII tuvieron en Francia, Bélgica, y especialmente en Holanda, discípulos muy eminentes. Alemania, mientras tanto, quedaba por completo extraña a esta nueva dirección de estudios jurídicos. Hasta el siglo XVIII se atribuían a ellos mismos el título de *realistas*, y sus jurisconsultos, quedando fieles a las tradiciones de Bartolo, consideraron los trabajos de los que ellos calificaban de *nominalistas* como sin utilidad para la ciencia.

56.—El siglo XVIII marca en Francia la decadencia de los estudios del Derecho Romano. El último romanista digno de ser citado fué Pothier, muerto en 1772. Espíritu poco creador, pero claro e ingenioso, se limitó a poner en orden las leyes del *Digesto*, publicando una edición, cuyos textos de cada título están ordenados metódicamente (1). Pocos años después de su muerte, el Derecho Romano cesó de ser ley en Francia.

El artículo 7.º de la ley del 30 ventoso del año XII (1804), que promulgó el Código Civil, le quita toda fuerza obligatoria. Pero la legislación romana no ha dejado de ser cultivada por los diferentes motivos que indicamos precedentemente. (V. n.º 4).

56 bis.—*Nueva escuela histórica*.—Desde el principio del siglo XIX, descubrimientos importantes han venido a dar al estudio del Derecho un nuevo impulso. Ahora ha sido en Alemania donde la actividad intelectual se ha manifestado con mayor claridad. Se funda una nueva escuela *histórica*, y lo más escogido de sus sabios, entre los cuales hay que citar en primer lugar a Savigny (1779-1861), emprendieron la tradición de nuestros grandes jurisconsultos del siglo XVI. Sus trabajos y los de los romanistas alemanes, que han sido hasta nuestros días los continuadores de su obra, han dado una luz incomparable sobre la Historia y sobre el Derecho Romano. Después de haber permanecido durante largo tiempo extrañas a estas investigaciones, Italia y Francia se asociaron, teniendo hoy un puesto muy honorable en esta renovación de los estudios jurídicos.

§ 6.—Estado actual de las fuentes del Derecho Romano.

57.—Las fuentes y los documentos auténticos que en la actualidad poseemos para el estudio del Derecho Romano, desde la ley de las XII tablas, son de naturaleza muy distinta. Cierta número de leyes, de plebiscitos y de senadoconsultos nos han sido conservados grabados en piezas de mármol o de bronce. *Tablas de cera* halladas en Transilvania

56. (1) *Pandectae Justinianae in novum digestae*. La mejor edición fué impresa en París (Latruffe), en 1818-1820.

N. del T.—Respecto al Renacimiento y escuela histórica, véanse Petrarca, *Lettere famigliari*.—Chiapelli, *La polemica contro i legisti del secoli XIV, XV e XVI* en el *Archivio giuridico*, XXVI, 1881.—Dante, *I precursori italiani de una nuova scuola del Diritto Romano*, Roma, 1878.—Serafini, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. de Trias.—Girard, *Manuel élémentaire de Droit Romain*.—Eysell, *Doneau, sa vie et ses ouvrages*. Trad. de Simonet, Dijon, 1810.

y en Italia nos demuestran ejemplos de actos jurídicos: contratos de venta, de alquiler, sociedades; recibos de precios de venta y de alquileres. Además, aparte de los documentos habidos en las obras de historiadores y literatos, hay una enormidad de *inscripciones* y numerosos *papyrus* griegos procedentes de Egipto, que nos transmiten enseñanzas importantes sobre las costumbres de los antiguos romanos (1). En fin, las obras de los juriconsultos y las *colecciones* de las leyes suministran para el conocimiento del Derecho Romano el don más preciado. En esta última fuente es donde limitaremos nuestras indicaciones. Hay que distinguir: 1.º El Derecho anterior a Justiniano. 2.º La Legislación de Justiniano; y 3.º El Derecho posterior a Justiniano.

I. DERECHO ANTERIOR A JUSTINIANO.

58.—Los documentos que hemos logrado sobre este período contienen, por una parte, los tratados o colecciones emanados de juriconsultos, y por otra parte, los trabajos legislativos de los emperadores y reyes bárbaros. He aquí una numeración de los más importantes.

I. *Obras de los juriconsultos*. 1. *Gaii Institutiones*.—Las *Institutiones* de Gayo son un tratado elemental destinado verosímilmente a la enseñanza del Derecho Romano. Están divididas en cuatro libros o *comentarios*, que se han subdividido en párrafos. De la vida de Gayo no se sabe nada.

Se hacen conjeturas, según ciertos indicios, tales como su denominación, que no es más que un apellido, y por su conocimiento de la lengua griega, que era originario de Asia. Diversos pasajes de sus escritos permiten también establecer con alguna certidumbre que nació bajo el reinado de Adriano, que escribió sus *Institutiones* bajo Antonino el Píadoso y Marco-Aurelio, y que murió antes del fin del reinado de este último emperador.

Nuestros antiguos comentaristas sólo poseían de sus *Institutiones* un compendio o *Epítome* en dos libros, contenido en el *Breviario* de Alarico y que se limitaba a los dos primeros libros del texto original y una parte del tercero. Hoy poseemos la obra completa, salvo algunos huecos, según un manuscrito del siglo v. El descubrimiento es debido a Nieburth, que lo encontró en 1816 en la biblioteca de Verona. Es un palimpsesto o pergamino recubierto de varias escrituras. Sobre el texto borrado de Gayo habían escrito en el siglo vi las cartas de San Jerónimo, existiendo en ciertos sitios hasta tres escrituras superpuestas. Han debido, por medio de procedimientos químicos, hacer revivir el texto de las *Institutiones* de Gayo.

De estas tentativas nacieron tres lecturas o lecciones diferentes: a) La de Goeschen, en 1817. Sirvió para publicar la primera edición de las *Institutiones*, en Berlín, 1820; b) La de Bluhme, que revisó el manuscrito en 1821 y en 1822. Empleó reactivos más energéticos y descifró varios pasajes que Goeschen no pudo leer; pero su lectura inspira menos confianza. Ha continuado en numerosas ediciones, particularmente en Francia por Pellat en su *Manual* (1844-1874) y por Giraud en su *Enchiridium* (1873); c) La de Studemund, que a pesar del mal estado del manuscrito, la revisó de nuevo con éxito, de 1866 a 1868. Su lectura,

57. (1) Las inscripciones latinas se han reunido en dos colecciones principales: a) una publicada en Zurich, por Orelli, en 1828. *Inscriptionum latinarum amplissima collectio*, comprende dos volúmenes. Un tercer volumen suplementario fué publicado en 1856, por Henzen.—b) El otro, editado en Berlín después de 1863, *Corpus inscriptionum latinarum*, fué continuado periódicamente por el *Ephemeris epigraphica*.—En cuanto a los *papyrus*, desde 1893 fueron objeto de gran número de colecciones en Alemania, Italia e Inglaterra.

más segura y completa, ha llenado bien las lagunas. Sólo fué en 1874 cuando publicó el resultado de sus trabajos en un *Apographum* o *fac-simile* de manuscrito (1).

Este nuevo texto ha producido varias ediciones. En Francia podemos citar la de Dubois en 1881, la de Giraud en un apéndice a su *Enchiridium* en 1882. Más tarde, en 1878 y en 1883, Studemund se ocupó de nuevas investigaciones, después de las cuales publicó en Berlín, en 1884, otra edición conteniendo algunas modificaciones al *Apographum* (2). Fueron puestas con gran provecho en las últimas colecciones de textos publicados en Francia por Girard y Mispoulet (1890-1923). Aun quedan varios huecos en el manuscrito; pero, así y todo, ha realizado un progreso considerable para el conocimiento del Derecho Romano, revelando algunos detalles hasta aquí desconocidos.

2. *Ulpiani Regularum liber singularis*.—Domiciano Ulpiano, originario de Tyr en Fenicia, fué discípulo de Papiniano y compuso varias obras bajo el reinado de Caracalla. El libro de las *Reglas* se publicó por primera vez en 1549, según un manuscrito del siglo x, cuyo texto es exacto, pero incompleto.

Estamos en posesión de veintinueve títulos, subdivididos en párrafos. Por regla general se le atribuye al mismo jurisconsulto: a) Un fragmento de *Institutiones* hallado en Viena en 1835 y conocido bajo el nombre de *fragmentum Vindobonense*.—b) Y otro fragmento de *jure fisci*, encontrado en Verona con el palimpsesto de Gayo.

3. *Pauli sententiarum libri quinque*.—Julio Paulo fué contemporáneo de Ulpiano y, lo mismo que él, publicó varios tratados. Las *Sentencias* datan del fin del reinado de Caracalla. Sólo existen fragmentos. El más considerable proviene del *Breviario* de Alarico, que, por cierto, no da más que un texto modificado y poco seguro. Se unen también otros extractos originales provistos de varias colecciones. Todo ello está dividido en cinco libros, subdivididos en títulos y párrafos.

4. *Fragmentum Dosithaeaeum*.—Este fragmento, de un antiguo jurisconsulto desconocido, se llama así porque fué conservado en un manuscrito donde figura después del *Ars grammatica* del profesor griego Dositeo. Se publicó en 1573 por Pedro Pithou. Habla de la división del Derecho, de las fuentes del Derecho, y, más que nada, de las manumisiones.

II. *Colecciones publicadas por los jurisconsultos*.—1. *Fragmenta Vaticana*.—Se llama de esta manera una colección compuesta de fragmentos de jurisconsultos, sobre todo de Paulo, Ulpiano, Papiniano y de Constituciones imperiales de Septimio Severo y Caracalla (año 205) a Valentiniano I (año 372). Se ignora el origen de esta colección, aunque parece ser de fines del siglo iv. Fué descubierto sobre un pergamino por el monje Angelo Mai, en 1821, en la biblioteca del Vaticano, de

58. (1) Más recientemente, una reproducción fototípica del manuscrito ha sido publicada en Leipzig, en 1909.

(2) La reimpresión de esta edición, publicada por Krueger, en 1889 (*collectio librorum juris antejustinianae*, I), ha dado también el texto del *manuscrito de Autun*. En 1898, Emilio Chatelain descubrió en Autun un pergamino en el cual se había escrito en el siglo vii las *Institutiones* de Gayo; pero la lectura del texto, que estaba borrosa, dispuso esta ilusión. En efecto, sólo contiene una especie de explicación elemental e incompleta de estas *Institutiones*, que más bien parece ser estar hecha para la enseñanza del Derecho hacia la mitad del siglo v.

N. del T.—Las *Institutiones* de Gayo, que sirvieron de modelo a las de Justiniano, y forman continuamente el tema de apreciables trabajos científicos, contienen una clara y sucinta exposición del Derecho Romano en su totalidad, de carácter privado, y de los tiempos de los emperadores Antonino Pio y Marco Aurelio, indispensable para la recta inteligencia de la historia del Derecho de Roma y de las *Institutiones* de Justiniano.

donde procede su nombre, y publicado por primera vez en 1823. Fué dividida en párrafos.

2. *Lex Dei* o *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*.—Es de autor desconocido, lo mismo que la fecha, que por regla general se coloca hacia principios del siglo v. Es un paralelo de fragmentos tomados del Derecho Romano y de la Historia Sagrada. La colección, que por sí misma tiene poco valor, por otra parte es preciosa, a causa de conservar extractos de obras, hoy desaparecidas. Estos extractos están tomados de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, y también de los tratados de Paulo, Ulpiano, Papiniano, Modestino y Gayo. La *Collatio* se publicó por primera vez en 1573 por Pedro Pithou. Está dividida en libros, títulos, capítulos y párrafos.

3. *Consultatio veteris jurisconsulti*.—Esta colección, de poca extensión y autor desconocido, data del final del siglo v. Contiene algunos extractos de las Sentencias de Paulo y de los Códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano. Publicado primeramente por Cujas en 1577, se dividió en capítulos y párrafos.

4. *Fragmentos del Sinaí*.—Estos fragmentos, descubiertos en un monasterio del Sinaí, fueron editados la primera vez por M. Dareste en 1880. Contienen escolios, escritos en griego sobre una parte del tratado de Ulpiano, *ad Sabinum*. El autor, que también es desconocido, lleva opiniones de Paulo, Modestino, Marciano, Florentino, y cita los Códigos Gregoriano y Hermogeniano.

La fecha de estos fragmentos se supone entre estas compilaciones y los trabajos de Justiniano (3).

5. En fin, también poseemos una parte solamente de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano. Los fragmentos conservados son del *Breviario* de Alarico, de la *Consultatio*, de la *Collatio*, de la *Fragmenta Vaticana* y de Papiano. Las mejores ediciones son las de Haenel, en 1842, y de Krueger, en 1890 (*Collectio liberarum juris antejustinianae* III).

III. *Colecciones de los emperadores y de leyes bárbaras*.—1.º *El Código Teodosiano* fué en parte reconstituido, aunque no lo tenemos todo entero. Conocido, en primer lugar, por los extractos insertos en el *Breviario* de Alarico, y después, por manuscritos descubiertos posteriormente, fué editado de esta manera por Cujas, en 1566.

Después de varios trabajos de Fabrot, profesor en Aix, fué comentado por Santiago Godofredo, cuya obra, publicada en Lyon, en 1565, en seis volúmenes, a veces encuadrados en dos o tres, fué reimpresa con nuevas adiciones, en siete volúmenes, de 1736 a 1745. Desde entonces, por nuevos descubrimientos hechos por Peyron, en 1823, en la biblioteca de Turín y en 1824 por Clossius en la biblioteca Ambrosiana de Milán, se ha logrado reintegrar los cinco primeros libros, que son de suma importancia, porque tratan del derecho privado. En la actualidad la edición más importante que nos queda del Código Teodosiano, es la de Mommsen. Dos años después de su muerte fué terminada y

(3) Todos estos tratados o fragmentos se han editado a menudo con otros de menor importancia. Nos limitaremos a la última publicación: *Textos del Derecho Romano*, por P. F. Girard, 5.ª edición, 1923, a la cual se refieren las llamadas de nuestra obra. Esta colección está al corriente de los trabajos más recientes y se consultarán, con excelente fruto, las notas en francés que el autor ha unido a los textos.

N. del T.—Las mejores ediciones de las obras de Ulpiano son las de Krüger, Boecking, Vahlen, Huschke, Gneist, Muirhead, Mispoulet y Girard. De las de Paulo, es la mejor la de Krüger, seguida por Gneist, Mispoulet y Girard.

Los *Fragmentum Dosithaeum* se hallan en la *Collectio* II y en las colecciones antes citadas.

Puede considerarse como la mejor edición de los *Fragmenta Vaticana*, la de R. Mommsen.

La última edición de la *Lex Dei* es también de R. Mommsen, seguida por Girard.

Después de la edición de Cujas de la *Consultatio veteris jurisconsulti*, han publicado otras Fuggé, Huschke y Krüger, a la que han seguido Mispoulet y Girard.

publicada por Pablo Meyer, que a fines del mismo año hizo aparecer también una nueva edición de *Novelas Theodosianas* y *post-Theodosianas*.

2.º Las leyes romanas de los bárbaros las tenemos enteras: el *Edicto de Teodorico*, el *Papiano* y el *Breviario de Alarico*. Esta última colección, la más importante de muchas, fué publicada primero por Sichard en 1528, habiendo servido en parte para transmitirnos las *Instituciones* de Gayo, hasta el descubrimiento del pergamino en Verona, no conociendo más que por esto una parte de las Sentencias de Paulo y ciertos fragmentos de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano. La edición mejor es la de Haenel, en 1849.

II. LEGISLACIÓN DE JUSTINIANO.

59.—1. Tenemos las *Instituciones*, el *Digesto*, el *Código* y las *Novelas*. El texto de estas colecciones nos ha sido conservado por cierto número de manuscritos, cuya comparación ha sido objeto de varias ediciones, sobre todo para las *Instituciones* y el *Digesto*.

Las ediciones más notables de las *Instituciones* son: a) La de Cujas, en 1595.—b) La de Schrader, en 1836.—c) La de Krueger, en 1867-1872; segunda edición, 1899.

En cuanto al *Digesto*, se distinguen tres clases de ediciones, con arreglo a las diversas lecciones adoptadas, que son: a) La *Lectio Florentina* o *littera Pisana*. Es la reproducción de un célebre manuscrito conteniendo sólo las Pandectas y escrito en pergamino, hacia el siglo VII, por los copistas griegos. Según la tradición, Lotario II lo había hallado en Almalfi en 1135, en el momento de tomar esta villa, y lo había entregado a Pisa. De aquí lo transportaría a Florencia en 1406, donde aun hoy se conserva en la Biblioteca Laurentiniana. Está considerado como el más puro, aunque presenta algunas incorrecciones (1). b) La *Lectio Vulgata*, establecida por los glosadores, según un manuscrito que reproducía generalmente la *Florentina*, y otro manuscrito original hoy perdido ya.—c) La *Lectio Norica*, obra de Haloander. Esta lección se publicó en 1529, en Nuremberg, de donde le viene el nombre.

Las diversas partes de la obra de Justiniano se han impreso a menudo, separadamente, aunque también han sido publicadas en una sola obra, bajo el nombre de *Corpus juris civilis*. Estas ediciones completas están glosadas y no glosadas.

1.º De las ediciones glosadas, la mejor es la de Lyon, en 1627. Comprende seis volúmenes: I. *Digestum vetus* (Lib. 1 a 24).—II. *Infortiatura* (Lib. 25 a 38).—III. *Digestum novum* (Lib. 39 a 50).—IV. *Codez* (Lib. 1 a 9).—V. *Volumen parvum* (Los tres últimos libros del *Código*, las nueve *collationes* de las *Novelas*, los *Libri feudorum* (2) y las *Instituciones*).—VI. Una tabla general.

2.º Entre las ediciones no glosadas, unas llevan notas y otras no. a) De las que tienen notas podemos citar la de Dionisio Godofredo, el padre de Santiago Godofredo, comentador del *Código Teodosiano*. Publicada en Génova, en 1624, fué reimpressa en Amsterdam, en dos volúmenes, en el año 1663.—b) Las ediciones sin notas son muy numerosas. La de Freiesleben, en un volumen (1721 a 1789), tuvo una fama

59. (1) Una reproducción fototípica del manuscrito de Florencia está en vías de publicación en Roma desde el año 1902.

(2) Los *Libri feudorum* son extraños al Derecho Romano; contienen reglas de Derecho feudal lombardo.

poco justificada. Reproduce generalmente la *Vulgata*. Reimpresa en 1862 en París por Galisset, se ha hecho en Francia la edición oficial, a pesar de sus muchas imperfecciones. Es bastante inferior a la de los hermanos Kriegel, que publicaron en dos volúmenes en Leipzig (1828-1843). Las mejores son las de Mommsen, Krueger, Schoell y Kroll en tres volúmenes: I. Las *Instituciones* (Krueger) y el *Digesto* (Mommsen), 1872 (Véase número 51, nota 4).—II. El *Código* (Krueger), 1879.—III. Las *Novelas*, cuya publicación continuada por Schoell, de 1880 a 1891, hasta la *Novela* 80, interrumpida en 1893 por la muerte de su autor, fué terminada por Kroll en 1895 (3).

En fin, citaremos una última edición del *Digesto* solo, en dos pequeños volúmenes in—12, publicada en Milán por Bonfante, Fadda, Ferrini, Riccobono y Scialoja. El primer volumen (Lib. 1 a 28) apareció en 1908.

II. La *paráfrasis de las Instituciones* de Justiniano, atribuida a Teófilo, ha sido frecuentemente impresa y traducida en latín y en francés. De las ediciones antiguas, la mejor es la publicada por G. O. Reitz en La Haya, en 1751. Lleva el texto en griego, y la traducción latina con notas, en dos volúmenes. Una nueva edición, por Ferrini, se publicó en 1897.

III. DERECHO POSTERIOR A JUSTINIANO.

60.—Los trabajos ejecutados en el Imperio de Oriente desde el siglo VIII se conservan casi todos. Varios de ellos se publicaron por Zacarias en la *Collectio librorum juris graeco-romani*. Sin embargo, sólo existe una partida de la más importante, que es las *Basilicas*. De las ediciones antiguas, la más completa es la de Fabrot, en 1647. Después de las publicaciones de algunos fragmentos, Heimbach hizo aparecer en seis volúmenes en Leipzig, de 1833 a 1870, todo lo que faltaba de las *Basilicas*, es decir, veintinueve libros enteros, diez libros incompletos y fragmentos de otros diecisiete, teniendo que añadir también un suplemento a los libros quince a diecinueve, publicados por Zacarias en 1864, y un séptimo volumen, publicado en 1897 por Ferrini y Mercati.

§ 7.—Objeto del Derecho privado.—Plan del tratado.

61.—Según las *Instituciones* de Gayo y las de Justiniano, el estudio del Derecho tiene un objeto triple: las *personas*, las *cosas*, y las *acciones* (1).

1. La *Teoría de personas* examina los individuos en el punto de vista de su estado, de su capacidad y del papel que juegan en la familia y en la sociedad.

(3) Otra edición muy recomendable de las *Novelas* de Justiniano es debida a Zacariae (1881). Hay que añadir dos importantes apéndices.

N. del T.—Respecto a las ediciones de cada una de las compilaciones de la legislación de Justiniano, que en el texto no se mencionan, pueden indicarse como dignas de ser citadas las siguientes:

Código.—La *Edictio princeps*, impresa en Maguncia en 1475; la de Aloandro (Meltzer), impresa en Nuremberg; la de Hermann, en 1868, y principalmente la de Krüger, en 1879.

Novelas.—Una edición crítica dirigió Zacariae, de orden cronológico, en Leipzig, 1881; pero la mejor está constituida por el tercer volumen del *Corpus juris civilis*, de Berlin, con nueva versión latina de Schoell y Kroll.

61. (1) Gayo, I, § 8: *Omne autem jus quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res, vel ad actiones*.—Cf. I, pr., de *jure pers.*, I, 2.

2. La *Teoría de las cosas* comprende el estudio de los bienes que componen el patrimonio de las personas, los efectos, y la transmisión de los derechos que puedan tener sobre estos bienes.

3. La *Teoría de las acciones* tiene por objeto los medios para asegurar a cada uno el respeto y la consideración de sus derechos, dirigiéndose cuando sea necesario a la autoridad judicial.

Esta división ha sido criticada por varios comentaristas modernos, a quienes parece poco metódica. Sin embargo, la seguiremos por dos razones. Primera, porque es muy natural conservar en el estudio del Derecho Romano el mismo cuadro que le dieron los jurisconsultos de Roma; pues rechazarlo para colocarlo en otro, acaso más regular, pero que no tuviera nada de romano, sería exponerse a su alteración general fisonómica. Además, esta clasificación es la más sencilla, la más clara, y la que permite cumplir con el excelente precepto la observación que Justiniano recomienda: empezar por las nociones más fáciles para llegar después a las materias más complicadas (2).

Los principios del Derecho Romano de los que haremos su estudio, estarán repartidos de la siguiente manera:

Primer libro.—De las personas.

Segundo libro.—De las cosas: 1.ª parte: Derechos reales.
2.ª parte: Obligaciones.
3.ª parte: Modos de adquirir *per universitatem*.

Tercer libro.—De las acciones.

(2) I, § 2, de justit., I, 1... *Incipientibus nobis exponere jura populi romani ita videntur posse tradit commodissime, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur...*

LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS

62.—La palabra *persona* designaba, en el sentido propio, la máscara de la cual se servían en escena los actores romanos dando amplitud a su voz (*personare*). De aquí se empleó en el sentido figurado para expresar el papel que un individuo pueda representar en la sociedad; por ejemplo, la persona del jefe de familia, la persona del tutor. Pero estas personas sólo interesan a los jurisconsultos en el sentido de los derechos que pueden tener y obligaciones que les sean impuestas. En otra significación más extensa, se entiende por *persona* todo ser susceptible de derechos y obligaciones.

Los jurisconsultos distinguen *dos divisiones* de las personas:

1. La primera, que es la más extensa, distingue los *esclavos* y las *personas libres* (1). Aparte de algunas diferencias en detalle, los esclavos tienen en derecho, sobre poco más o menos, la misma condición. Las personas libres, por el contrario, se subdividen, por una parte, en *ciudadanos* y *no ciudadanos*, y por otra, en *ingenuos* y *libertinos*.

2. La segunda división se aplica a las personas consideradas en la familia. Las unas son *alieni juris*, o sometidas a la autoridad de un jefe; las otras, *sui juris*, dependiendo de ellas mismas (2).

Siguiendo esta división, vamos a estudiar las personas y los diferentes papeles que pueden desempeñar en la sociedad y en la familia romanas.

62. (1) Gayo, I, § 95: *Et quidem summa diviso de jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.*

(2) Gayo, I, § 48: *Sequitur de jure personarum alia divisio; nam quaedam personae sui juris sunt quaedam alieni juri sunt subjectae.*

N. del T. —Bajo el concepto que de personas se da en el texto, no se comprende únicamente a los hombres, sino también a los seres morales o de razón (*personas jurídicas* o *sociales*) que, personificados por la ley, son susceptibles de tener derechos y obligaciones (Estado, ciudad, fisco, corporación). En sentido inverso, no todos los hombres son por Derecho Romano personas; los esclavos no tienen, al menos por derecho antiguo y relativamente a sus dueños, ni derechos ni obligaciones; forman parte de las cosas, de los objetos sobre que se establecen los derechos. Por la consideración expuesta al principio, los jurisconsultos también dividen las personas en *físicas* y *jurídicas* o *sociales*. Las clases de personas señaladas por el autor se refieren a las personas físicas.

Es de notar que ocupándose el texto en este tratado de las personas físicas no se hace la menor indicación respecto a los requisitos de esa clase de personalidad, es decir, a la existencia del individuo humano, determinada por el nacimiento con separación del cuerpo de la madre, la viabilidad y la forma humana, y a la capacidad jurídica otorgada por la posesión de los *status* de libertad, ciudad y familia. Sobre estos puntos, cuyo examen no es propio de una nota, véase Windscheid, *Pandekten*, I, y Serafini, *Inst. de Der. Rom.*, traducción de Trias.

PRIMERA DIVISIÓN

ESCLAVOS Y LIBRES

Capítulo I.—De los esclavos

§ 1.—Generalidades.

63.—La esclavitud es la condición de las personas que están bajo la propiedad de un dueño. En rigor, en todos los pueblos antiguos esta institución fué considerada como de derecho de gentes. Era un elemento esencial de las sociedades antiguas, encontrándose uno sorprendido al considerar que los grandes filósofos aceptaban este principio como necesario y natural (1).

Algunos espíritus más claros reconocen, sin embargo, que, según la naturaleza, todos los hombres son iguales y libres (2), habiendo sido expresada esta verdad en varios textos de los juriconsultos romanos (3). Pero aunque el cristianismo lo haya proclamado bien alto, apenas ha salido del dominio de la teoría. La institución había penetrado profundamente en las costumbres para hacer posible su desaparición. Salvo las medidas legales que desde el primer siglo del Imperio protegen al esclavo contra el exceso del poder del señor, y también salvo una notable disminución de causas de servidumbre, con una facilidad más grande acordada por Justiniano para las manumisiones (V. n.º 76), la esclavitud fué tan floreciente bajo este príncipe como en los primeros siglos de Roma.

La esclavitud nació de la guerra. En los pueblos primitivos, el enemigo no tiene ningún derecho, y el vencedor puede apropiarse lo mismo la persona que los bienes del vencido (V. n.º 172, 2). Los prisioneros eran condenados a muerte, con frecuencia, después de celebradas a su vista las fiestas del triunfo, aunque el interés del vencedor les hacía también esclavos (4).

63. (1) Según Aristóteles, la esclavitud es natural y legítima (*Politic.*, L. I, c. 1, §§ 4 y 5.—C. 2, §§ 7, 9 y 14). Cicerón parece aceptarla como un hecho inseparable de las necesidades de la vida (*De republ.*, 3). Séneca, en una carta admirable, recomendaba a los amos tener humanidad con los esclavos (*Epist.* 47); pero sin combatir, por otra parte, el principio de esclavitud, coloca con los estoicos la verdadera libertad en el dominio de la conciencia; para él, el único esclavo es el que obedece a sus pasiones; el sabio siempre es libre (*Epist.* 75, § 14.—*De benef.*, III, 20).

(2) Platón, aunque admitiendo la necesidad de esclavitud en la sociedad, según la veía organizada (*Leyes* 6, 7, *passim*), reconoce que no es natural, no dándola sitio ninguno en una sociedad ideal (*Republ.*, 2, 3, *passim*). Otros filósofos griegos citados por Aristóteles, pero sin darnos el nombre, repudiaban la esclavitud, como contraria a la naturaleza (*Politic.*, L. I, c. 2, § 3).

(3) Véanse los textos citados n.º 6, nota 8, y n.º 65, nota 7.

(4) Cf. Cicerón: *Act.*, 2 a *in Ver.*, V, 30.—*Ad Attic.*, IV, 16.—Tito Livio, XII, 11 (7 y 8), 28 (8).—Es por razón de este origen de la esclavitud por lo que Justiniano hizo provenir, sin razón, *servus de servare* (§ 3, *de jur. pers.*, I, 3). El mismo texto nos dice que a los esclavos los llamaban *mancipia quod ab hostibus manu capiuntur*. Al esclavo también se le llama con frecuencia *homo puer*.

§ 2.—Causas de la esclavitud.

64.—Se puede *nacer* esclavo o llegar a *serlo* por alguna causa posterior al nacimiento (1).

Los *hijos de mujer esclava* nacen *esclavos*. En efecto, una mujer esclava no puede contraer matrimonio legítimo, siendo una ley natural que los hijos nacidos fuera de matrimonio sigan la misma condición de la madre (2).

En principio toman la condición que la madre en el momento que adquieren una existencia distinta, es decir, en el momento del nacimiento (Gayo I § 89). Pero, por favor a la libertad, se admite que si la madre concibe libre y alumbró esclava, el hijo nace libre. Acabando por decidir que es suficiente para que el hijo nazca libre que la madre lo haya estado en cualquier momento de su gestación. (I., pr. de *ingen*, I 4).

2. Los esclavos lo son según el *derecho de gentes* o según el *derecho civil*.

a) Según el *derecho de gentes*, pueden ser esclavos por la *cautividad*. Los romanos ejercían este derecho sobre los ciudadanos de otras naciones, sometiéndose en dos casos: en consideración de los enemigos *hostiles*, a quienes regularmente han declarado la guerra; y hasta en tiempo de paz, en consideración de los pueblos con los cuales no se haya hecho ningún tratado de amistad (3).

Según una tradición fundada en la equidad, y admitida en el Derecho, el prisionero deja de ser esclavo cuando se escapa y vuelve a su hogar. Entonces disfruta del *jus postliminii* (4). Por una ficción, el efecto de su cautividad se ha borrado retroactivamente, de suerte que vuelve a la condición jurídica donde estaría si no hubiese caído en poder del enemigo. Siendo hijo de familia, vuelve a quedar como si jamás hubiese salido de la potestad paternal, y siendo jefe de familia queda reputado como si siempre hubiese conservado sus derechos de potestad.

Pero la ficción que opera en el *derecho* no puede reaccionar sobre los hechos (5). Por tanto, si el prisionero poseía bienes queda interrumpida su posesión a pesar de su retorno; si estaba casado, el *postliminium* no restablece su matrimonio, disuelto por la cautividad (V. n.º 90, 2).

b) Según el Derecho civil, la libertad es un principio inalienable; nadie puede ser esclavo por efecto de una convención o de un abandono voluntario de su cualidad de hombre libre (6). Pero en ciertos casos el Derecho civil impone la esclavitud como una pena.

64. (1) § 4, de *jur. pers.*, I, 3: *Servi autem aut nascuntur, aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris; fiunt aut jure gentium, id est ex captivitate aut jure civili...*

(2) Ulpiano, L. 24, D., de *stat hom.*, I, 5. Se llamaba Verna al esclavo nacido en la casa del amo.

(3) Pomponius, L. 5, D., de *capt.*, XLIX, 15.—El que haya sido prisionero en una guerra civil o por los piratas queda libre por derecho (L. 19, § 2.—L. 21, § 1, D., *eod.*).

(4) Paulo, L. 19, pr., D., de *capt.*, XLIX, 15.—I, § 5, *quib. mod. jus potest.*, I, 12: *Dictum est autem postliminium a limine et post.*—Cf. Cicerón, *Topic.*, 8.

(5) Cf. para el Derecho Trifonius, L. 12, § 6, D., de *capt.*, XLIX, 15: *Caelera quae in jure sunt, posteaquam postliminio redit pro eo habentur ac si nunquam iste hostium potitus fuisset.*—Ad L. 12, § 1, D., *eod.* Para el hecho, L. 12, § 2, D., *eod.*: *Facil autem causae infactae nulla constitutione fieri possunt...* Papiniano, L. 19, D., ex *quib. caus. maj.*, IV, 6; *...Placet interruptam possessionem postliminio non restitui. Causa... facit non continetur postliminio.*

N. del T. —V. sobre la esclavitud a Wallon, *Histoire de l'escl.*

(6) Callistrato, L. 37, D., de *lib. caus.*, XL, 12: *Conventio privata neque servum quemquam, neque libertum alicujus facere potest.*—Cicerón, *Pro domo*, 29.

Así, en el Derecho antiguo, todo el que no estaba inscrito en los registros del censo se hacía esclavo. (V. n.º 14, 2); lo cual cayó en desuso con los censos. La ley de las XII tablas castigaba con la misma pena al hombre libre cogido en flagrante delito de robo, aunque el pretor lo sustituía con una multa. (V. n.º 451, A).

Bajo el Imperio, las causas de reducción a esclavitud son las siguientes:

1.ª La condenación a las *minas* o a las *bestias feroces*, o bien el internamiento en una escuela de gladiadores. Estos condenados se llaman *servi poenae*, porque no tienen más dueño que su castigo; sus bienes se confiscan y venden en provecho del Estado (7).

Constantino suprimió la condenación a las bestias y los combates de gladiadores (L. 1, C., de *gladiat.*, XI, 43) y Justiniano decidió que la condenación a las minas no trajera por consecuencia más la esclavitud (Nov. 22, c. 8).

2.ª En el año 52 de nuestra era, un senadoconsulto claudiano castigó con la esclavitud a toda mujer libre que ejercitaba un comercio con el esclavo de otro (Cf. Paulo, S. II 21.ª). Esta disposición fué abrogada por Justiniano (I § 1, de *suc. subl.*, III, 12).

3.ª La reducción a servidumbre estaba incurra también en el caso siguiente: un hombre libre se hacía vender como esclavo por un cómplice, repartía el precio con él, y después reclamaba su libertad inalienable.

Para evitar este fraude, el edicto del pretor, confirmado después por los senadoconsultos, decidió al fin de la República que la acción reclamando la libertad le fuese denegada, quedando esclavo; pero a condición de que tuviese, por lo menos, veinte años, que fuese de mala fe, y que, en cambio, el comprador fuese de buena fe (8).

4.ª Después de varias medidas tomadas por los emperadores para reprimir la ingratitud de los manumitidos hacia sus amos, Cómodo establece de un modo general que sobre la demanda del patrono, el libertino ingrato pueda ser repuesto en esclavitud por decisión del magistrado. (L. 6, § 1, D., de *agnosc. et. al.*, XXV, 3).

Estas dos últimas causas de reducción en esclavitud, según el Derecho civil, son las únicas que subsisten en la época de Justiniano.

§ 3.—De la condición de los esclavos.

65.—El esclavo está sometido a la autoridad de un dueño, *dominus*. Después de estudiados los caracteres y efectos de esta autoridad, examinaremos la condición de los esclavos en la sociedad romana.

I. *Potestad del dueño sobre el esclavo*.—Esta potestad es de derecho de gentes, como la esclavitud (Gayo I, §§ 52 y 54). Puede pasar con los mismos caracteres de un ciudadano a un peregrino, y lo mismo puede pertenecer al hombre que a la mujer, *sui juris*. En fin, es absoluta, y lo mismo se ejerce sobre la persona como sobre los bienes del esclavo.

1. *Derechos sobre la persona*.—El dueño tiene poder de vida y de muerte sobre el esclavo (1). Por cuya razón puede castigarle, venderle

(7) Ulpiano, L. 8, §§ 11 y 12, D., de *poen.*, XLVIII, 19.—Gayo, L. 8, § 3, D., *qui test. fact. pos.*, XXVIII, 1.

(8) Ulpiano, *ad edictum*, L. 7, pr., §§ 1 a 3, D., *De lib. caus.*, XL, 12. — Paulo, L. 23 pr., D., *eod.*—Pomponio, L. 3, D., *quib. ad. libert.*, XL, 13.

65. (1) Gayo, I, § 52: *Apud omnes paeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse.*

o abandonarle. Sería fácil creer que este poder se ejerció primeramente con mucho rigor, humanizándose más tarde, en una época más avanzada de civilización, habiendo ocurrido precisamente todo lo contrario.

La potestad del dueño fué, en primer lugar, una especie de autoridad doméstica, que usaba con ciertos miramientos, y cuya moderación tenía diferentes causas. En los primeros siglos, los romanos no tuvieron más esclavos que los prisioneros hechos a las naciones vecinas; es decir, a los pueblos de la *misma raza* que ellos y de la *misma religión*. Estos esclavos lo fueron, además, *en pequeño número*; la comunicación del trabajo estableció entre ellos y sus amos armonías más íntimas; se consideraban casi como de la familia. Por eso Catón hacía sus comidas con sus esclavos, y cuando castigaba a alguno de ellos era como un juez, después de la prueba judicial, en presencia y juicio de todos los otros (2).

Al fin de la República cambia la situación. Los esclavos ya no son más que extranjeros o bárbaros; la *diversidad de razas*, de costumbres y de *religión*, les separa profundamente del ciudadano romano, que los desprecia, mientras que por el número, en realidad considerable, crean un peligro para el Estado, cuyas guerras serviles son testimonio de su gravedad (3). De ahí la desconfianza y la crueldad de los amos, cuyos excesos no tuvieron límites.

En esta situación se hizo indispensable la intervención del legislador, no sólo por razón de humanidad, sino también por los intereses del Estado, puesto que el rigor de los amos podía empujar a los esclavos a una revolución. La ley *Petronia*, bajo Augusto o bajo Nerón, fué la primera inmixción de los poderes públicos en relación con el esclavo y el amo. Presta atención al carácter absoluto del poder, prohibiéndole en absoluto vender un esclavo para combatir las fieras feroces.

Sólo el juez, después de un examen, es el que puede tomar tamaña decisión. L. 11 § 2. D., *ad. leg. Corn. de sic.*, XLVIII 8). Otras medidas tomadas también por Claudio, Adriano y Antonino el Piadoso acabaron de reprimir lo que había de más odioso: los abusos del poder del dueño; resultando que aquel que mata a su esclavo es tratado como criminal, y si algún amo se mostrase demasiado cruel con sus esclavos, el magistrado puede obligarle a venderlos. Estos progresos se realizaron ya en el siglo II de nuestra era, y salvo reformas de detalle, la legislación sólo se modificó sensiblemente bajo Justiniano (4).

2. *Derechos sobre los bienes.*—Todo lo que el esclavo adquiere pertenece al dueño; no puede tener nada en propiedad (5).

Es verdad que en buena hora se introdujo la costumbre de dejar un *peculio* al esclavo; es decir, algunos bienes, cuya administración le dejaban, con lo cual podía sostener el comercio, quedando libre para aumentar sus beneficios (6). El *peculio* tenía con frecuencia un valor considerable; algunas veces comprendía también otros esclavos llamados *vicarii*. Pero el dueño que lo había constituido conservaba siempre la propiedad, con derecho a retenerlo a su capricho, aunque esto ocurría rara vez. Cuando libertaba al esclavo, si no recogía el *peculio* esta-

(2) Plutarco, *Coriolan*, 24; Catón el antiguo, 4, 20, 21, 32. Plinio, *Hist. nat.*, XXXIII, 1, 6, *in fine*.—Macrobio, *Saturn.*, I, 11: *Majoris nostri omnen dominis invidiam, omnem servis contumeliam delrahentes dominum patrem familias, servos familiares appellaverunt.*

(3) Un amo solía tener varios miles de esclavos a la vez en el tiempo del Imperio. Cf. Plinio, *Hist. nat.*, XXXIII, 10.—Tácito, *An.*, XIV, 42, 43, 44.

(4) Gayo, I, § 53: *Sed hoc empore neque civibus romanis nec illis auliis hominibus qui sub imperio populi romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saevire.*—Ulpiano, L. 2, D., *de his qui sui...* 1, 6.—I, § 2, *eod.* I, 8.

(5) Gayo, I, § 52: *Quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiritur.*—I, § 1, *de his qui sui...* I, 8.

(6) L. 5, § 4, D., *de pecul.*, XVI, 1: *Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus, libro sexto digestorum referi; quod servus domini permissu separatim a rationibus dominici habet...*

ba obligado a dárselo al esclavo, que se hacía propietario por usucapión. Pero el esclavo manumitido por testamento únicamente se quedaba con el peculio si el amo se lo había legado. (Cf. Fr. Vat., § 261.)

II. *Condición del esclavo en la sociedad.*—La condición jurídica del esclavo se resume en estos dos principios: a) En el *derecho civil* no tiene personalidad; es una especie de muerte civil. Es una *cosa* clasificada en la categoría de las *res mancipi* (V. n.º 141); b) En *derecho natural*, el esclavo no se diferencia de los demás hombres. Tiene los mismos derechos y los mismos deberes, así que figura en la división principal de las *personas* (7).

El principio de Derecho civil no quedó absoluto: ha tenido atenuaciones bajo la influencia del derecho natural, y también en el interés de los dueños, para quienes el esclavo puede ser un instrumento útil de adquisición. De la fusión de esta diversidad de ideas proceden las reglas a las cuales está sometida la condición del esclavo en la época clásica, que se fueron modificando sensiblemente, bajo Justiniano. He aquí el resumen; más adelante hablaremos de su desarrollo:

1.º El esclavo no tiene ningún derecho político.

2.º No puede casarse civilmente. La unión de hecho que contrata, llamada *contubernium*, sólo engendra un parentesco *natural*, *cognatio servilis*, cuyos efectos son muy limitados. (V. n.º 91, III).

3.º Según el Derecho civil, no puede hacer ninguna adquisición; pero en los actos jurídicos puede figurar, tomando la personalidad de su dueño, que resulta de esta manera propietario o acreedor del esclavo. (V. núms. 258 y 477).

4.º No puede obligarse civilmente por sus contratos, pero se obliga naturalmente. (V. n.º 485).

5.º El Derecho civil no admite que el esclavo, al contratar, pueda hacer deudor al dueño. Pero el pretor permite a los terceros que hayan tratado con el esclavo obrar contra el dueño, cuando éste le haya autorizado a contratar. (V. núms. 479 y 480).

6.º El esclavo no puede obrar en justicia, ni para sí, ni para ningún otro. (L. 6. C., *de judic.* III, 1). Sin embargo, esta regla está atenuada bajo el procedimiento extraordinario. (V. n.º 782, 1, a).

Tal era el derecho común. Por excepción había algunos esclavos más favorecidos: eran los *servi publici*, o esclavos del pueblo romano. Podían ser propietarios y disponer por testamento de la mitad de sus bienes. (Ulpiano XX § 16). Otros, por el contrario, quedaban bajo la condición ordinaria de esclavos: eran los esclavos sin dueño, por ejemplo: los *servi poenae*. No podían mezclarse en la vida civil y no tenían ni peculio ni esperanza de ser libertados. Por lo pronto, la diversidad de oficios en los que se empleaba a los esclavos creaba entre ellos, para la sociedad, una desigualdad bastante considerable. En efecto: ¿Qué diferencia entre el bárbaro habituado a los más rudos trabajos y el esclavo griego, con la inteligencia cultivada, cuyo señor era el preceptor de sus hijos! (8)

(7) Cf. Sobre estos dos puntos de vista opuestos: Ulpiano, L. 59, § 2, D., *de condit.*, XXXV, 1: *Servitus mortis adsimilatur.*—L. 32, D., *de reg. iur.*, L. 17: *Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur: non tamen et jure naturali quia, quod ad jus naturale attinet omnes homines aequales sunt.* Ulpiano, XIX, § 1: *Mancipi res sunt... servi...*—Gayo, I, § 9: *...Omnes homines aut liberi sunt aut servi.*

(8) N. del T.—En definitiva, puede afirmarse que ninguna diferencia legal existía entre la condición de los esclavos. El dueño tiene derechos igualmente absolutos en todos, aunque los unos pueden, según la voluntad del mismo, gozar de mejor suerte que los otros. Ya indica el texto que ciertos esclavos (*servi vicarii*) pueden ejercer sobre otros esclavos (*servi ordinarii*) cierta especie de autoridad; vese con frecuencia a un esclavo mayordomo o administrador mandar a esclavos inferiores; pero éstas son diferencias de hecho, cuya desaparición dependía de la voluntad del dueño, y que, por consiguiente, no constituían diferencias legales.

Capítulo II.—De las personas libres.

66.—Toda persona que no sea *esclava es libre*. Pero hay diferencias muy importantes en la condición de las personas libres. Podemos subdividir las en *ciudadanos* y *no ciudadanos*, en *ingenuos* y *libertinos*.

Sección 1.ª—De los ciudadanos y no ciudadanos.

67.—La división de personas en *ciudadanos* y *no ciudadanos* tiene por base la posesión o la privación del *derecho de ciudadanía romana*.

Al principio presentaba un grande interés en su origen cuando el ciudadano sólo poseía el goce del Derecho civil romano. Pero las condiciones políticas y financieras hicieron otorgar poco a poco la cualidad de ciudadano a todos los habitantes del Imperio; así que, al principio del siglo III de nuestra era, esta distinción perdió la mayor parte de su importancia.

§ 1.—De los ciudadanos.

68.—El ciudadano romano que no haya sido incapacitado por alguna causa particular goza de todas las prerrogativas que constituyen el *jus civitatis*: es decir, participa de todas las instituciones del Derecho civil romano, público y privado.

Entre las ventajas que resultan, las que caracterizan la condición de ciudadano en el orden privado son: el *connubium* y el *commercium*.

a) El *connubium*, es decir, la aptitud para contraer matrimonio de derecho civil, llamado *justae nuptiae*, la única que produce entre el padre y los hijos el poder paternal y la agnación; b) El *commercium*, que es el derecho para adquirir y transmitir la propiedad, valiéndose de los medios establecidos por el Derecho civil, tal como la *mancipatio* (1). Por vía de consecuencia, el *commercium* permite al ciudadano tener la *testamenti factio*, es decir, el derecho de transmitir su sucesión por testamento y de ser instituido heredero.

A estas esenciales ventajas en derecho privado, el ciudadano unía en el orden político: a) El *jus suffragii*, derecho a votar en los comicios para hacer la ley y proceder a la elección de magistrados; b) Los *jus honorum*, o derecho para ejercer las funciones públicas o religiosas (2). En fin, otros ciertos privilegios estaban también unidos a la cualidad del ciudadano. Citaremos especialmente la *provocatio ad populum*, que es el derecho a no sufrir una pena capital pronunciada por algún magistrado que no sea un dictador y que la sentencia haya sido aprobada por el *comitiatus maximus*, es decir, los comicios por centurias (3).

68. (1) Ulpiano definía así el *commercium*: *emendi vendendique invicem jus* (XIX, § 5). Los §§ 4 y 6, entre los cuales se encuentra esta definición, demuestran que por las expresiones *emendi vendendique*, el jurisconsulto apunta, no a la venta, contrato del derecho de gentes, sino a la *mancipatio*, venta ficticia y manera civil de transmitir la propiedad.

(2) Los plebeyos no tuvieron en su origen ni el *connubium* con los patricios ni el *jus honorum*. Ya hemos dicho cómo en 309 la ley *Canuleia* permite el matrimonio entre los dos órdenes, y cómo desde fines del siglo V los plebeyos tuvieron acceso en todas las magistraturas (V, números 24 y 25).

(3) Fué el objeto de tres leyes *Valeriae* (años 245, 305 y 454), de tres leyes *Porciae* (siglo VI) y de la ley *Sempronia* (año 631).—Cicerón, *Act. 2.º in Ver.*, V, 57, 62, 63.—Tito Livio, X, 9 (3 a 6).—Cf. n.º 20, nota 3.

§ 2.—De los no ciudadanos.

69.—Los no ciudadanos o extranjeros, en un principio, están privados de las ventajas que confiere el derecho de ciudad romana y sólo participan de las instituciones derivadas del *jus gentium*. En la lengua primitiva se les designa con el nombre de *hostes*; al enemigo se le llama *perduellis*; pero, afortunadamente, el lenguaje se modifica; *hostes* significa el enemigo; y los extranjeros que no tienen el derecho de ciudadanía y con los cuales Roma no está en guerra se califican de *peregrini* (1). Sin embargo, su condición no es uniforme. Así y todo, los hay más favorecidos que ocupan un rango intermedio entre los ciudadanos y el común de los peregrinos: éstos son latinos. Pero hay que distinguir los *peregrini* propiamente dichos y los *latini*.

1. *Peregrini*.—Los peregrinos son los habitantes de los países que han hecho tratados de alianza con Roma, o que se han sometido más tarde a la dominación romana reduciéndose al estado de provincia (2). Había muchos peregrinos que llegaban y fijaban su residencia en Roma; esta afluencia hizo necesaria la creación del *praetor peregrinus*.

La condición de los peregrinos es el derecho común para los no ciudadanos. No disfrutaban del *connubium*, del *commercium* ni de los derechos políticos, aunque son susceptibles de adquirirlos, bien sea por la concesión completa del *jus civilis* o bien por concesión especial de algunos de sus elementos. (Ulpiano V. § 4—XIX § 4).

De todos modos, gozan del *jus gentium* y del derecho de sus provincias respectivas. (Gayo, III §§ 96 y 120). Hay, sin embargo, quienes no pertenecen a ninguna provincia y que, por tanto, sólo participan de las instituciones del *jus gentium*. Tales son los *peregrini dedititii*, pueblos que se rindieron a discreción, y a los cuales quitaron los romanos toda autonomía (3), ocurriendo lo mismo con las personas que por efecto de ciertas condenas han perdido el derecho de ciudadanía, encontrándose asimiladas a los peregrinos. (L. 17, § 1, D., de *poenis*, XLVIII, 19).

2. *Latini*.—Los latinos eran peregrinos tratados con más favor, y para los cuales se habían acordado ciertas ventajas comprendidas en el derecho de ciudadanía romana. Fueron de tres clases: los *latini veteres*, los *latini coloniarii* y los *latini juniani*.

a) *Latini veteres*.—Son los habitantes del antiguo *Latium*. Después de la caída de Alba, Roma fué la cabeza de una confederación de ciudades latinas, *nomen latinum*, siendo regulada por algunos tratados la condición de sus habitantes. En 416, después de una revolución seguida del triunfo definitivo de los romanos, fué destruida esta coalición. Los habitantes de algunas provincias obtuvieron el derecho de ciudadanía; otros, por regla general, conservaron su condición anterior de latinos. Poseían el *commercium*, el *connubium*, y encontrándose en Roma cuando la reunión de los comicios, disfrutaban del derecho de voto (4). Ade-

69. (1) Festus V.º *Hostis*: *Hostis apud antiquos peregrinus dicebatur et qui nunc hostis perduellis*.—Ad. Var., *De ling. lat.*, V, 3.—Cicerón, *De offic.*, I, 12.—Gayo, L. 234, pr. D., de *verb. sign.*, L. 16.

(2) Los pueblos con los cuales Roma no ha hecho ningún tratado o no sostiene con ellos relación alguna de amistad se llaman *Barbari*. Los romanos no los reconocen ningún derecho, tratándolos como enemigos, aun en tiempo de paz (L. 5, § 2, D., de *captiv.*, XLIX, 15).

(3) Gayo, I, § 14.—La fórmula de la *deditio* la han conservado los historiadores. Cf. Tito Livio, I 38 (1 y 2), XXXVI, 28.

(4) Cf. Tito Livio, XLI, 8 (10), para el *commercium*.—I, 26 (2) y I, 49 (9), para el *connubium*, XXXV, 3 (16), para el derecho de voto.

más, les habían sido concedidas grandes facilidades para adquirir la ciudadanía romana: a) Si había ejercido una magistratura en su país (Appien, *de bel. civ.*, II, 26).—b) Si había hecho condenar a un magistrado romano por concusión según la ley *Servilia repelundarum*, del año 643 de Roma (Cicerón, *Pro Balbo*, 24).—c) Si venía a establecerse en Roma dejando en su patria un descendiente que perpetuara su raza (Tito Livio, XLI, 8, 9).

Los *latini veteres* desaparecieron del *Latium* después de la guerra social. El derecho de ciudadanía fué concedido a los habitantes de toda Italia por la ley *Julia* en 664 y por la ley *Plautia Papiria* en 665.

b) *Latini coloniarii*.—Uno de los procedimientos empleados por los romanos para afianzar su dominación sobre los pueblos vencidos fué el de crear *colonias* en medio de los antiguos habitantes y sobre una parte del territorio conquistado. Estas colonias eran de dos especies: a) Las unas se componían de romanos escogidos generalmente de la parte más pobre y lejana de la población (Tito Livio, X, 6, 37). Quedaban como ciudadanos romanos, conservando todos los derechos ligados a este título. Se llamaban *colonias romanas*.—b) Otras estaban formadas bien por latinos o bien por ciudadanos romanos que voluntariamente abandonaban su patria perdiendo así la cualidad de ciudadanos y volviéndose latinos (Gayo, III, § 56). Estas eran las *colonias latinas* (5).

Antes y después de la disolución de la federación latina, en 416, fueron fundadas en Italia colonias romanas y latinas. Más tarde, a medida que Roma extendía sus conquistas, hubo otras también en España, en Galia, y en la mayor parte de los pueblos sometidos. De esta manera fué como siempre subsistió, aun después de la guerra social y de la desaparición de los *latini veteres*, siendo desde entonces la condición especial de los habitantes de las colonias latinas. También llegó a ser la condición de algunos pueblos a quienes los romanos hicieron concesión del *jus Latii*. Vespasiano lo concedió en toda España (6). ¿Cuál era la condición de estas colonias latinas? Mientras hubiera *latini veteres*, hasta la guerra social, lo más probable sería que los latinos de las colonias gozasen de las mismas ventajas. Pero más tarde fué modificada su condición sin ser posible precisar con exactitud en qué época se operó este cambio. Sus derechos están bien claramente definidos por el texto de los jurisconsultos, bajo el dominio del Imperio. Poseen el *commercium* (Ulpiano XIX, § 4), pero no tienen el *connubium*, a no ser por una concesión especial. (Ulpiano, V. §§ 4 y 9). Ejercen los derechos políticos en sus ciudades, pero no en Roma. En fin, que para obtener la ciudadanía romana no poseen ninguna de las facilidades concedidas

(5) Cf. Servius, *Ad Aeneid.*, I, 12.—Aulo Gelio, *Nochs at.*, XVI, 13, *in fine*.—Las colonias tenían su organización propia, copiada de la organización de la metrópoli. Tenían sus magistrados, Senado, curia y comicios.—Cf. sobre la organización de las colonias romanas, la *Lex coloniarum Genetivae*, del año 710 de Roma. Fué encontrada sobre una tabla de bronce (1870 y 1874) en Osuna (Andalucía). (V. Girard, *Textos*, pág. 89.)

(6) Cf. Plinio, *Hist. nat.*, III, 4, *in fine*.—La organización de las ciudades latinas de esta época nos la indican las *leyes de Salpensa y de Malaca*, encontradas en las inmediaciones de Malaca en 1851. Datan de los años 81 a 84 de nuestra era (V. Girard, *Textos*, página 108).

N. del T.—Antes de que las leyes Julia y Plautia, de las que el texto habla, hubieran concedido, terminada la guerra social, el derecho de ciudad a todos los habitantes del Lazio, éstos gozaban, con el nombre de *jus Latii*, *jus latini alis*, de un estado intermedio entre los ciudadanos y los simples peregrini. Este estado, independientemente de la facultad de adquirir más fácilmente el título de ciudadano, les daba el *commercium*, pero no el *connubium*. Restringido en un principio a la Italia el *jus Latii*, fué concedido más adelante, en las provincias, a ciudades y países enteros a quienes se quiso favorecer sin darles el derecho de ciudad completo, lo cual fué causa de que el *jus Latii* existiera mucho tiempo después de haber recibido el *jus civitatis* todos los pueblos de Italia.

Savigny cree que el *jus Latii*, que daba una participación incompleta en los derechos civiles, se concedió a las colonias latinas que durante la guerra de Aníbal permanecieron fieles a Roma, en premio de su fidelidad.

a los *latini veteres*. Este favor les es otorgado únicamente en el caso de haber ejercido una magistratura latina (7).

c) *Latini juniani*.—Al principio del Imperio, una ley *Junia Norbana* concedió a ciertos libertos la condición de latinos coloniales, aunque descargándoles de ciertas incapacidades particulares. Éstos se llamaron *latini juniani*. Ya volveremos a hablar sobre la situación de estos libertos latinos, que con gran facilidad podían hacerse ciudadanos. (V. n.º 74, II y n.º 75, I, 2) (8).

§ 3.—De la adquisición y pérdida del derecho de ciudadanía.

70.—I. *De la adquisición del derecho de ciudadanía*.—La cualidad de ciudadano romano se adquiere por nacimiento o por causas posteriores al nacimiento.

1. *Nacimiento*.—En Derecho Romano, el estado de las personas se determina por la condición del padre o de la madre, y no por el lugar del nacimiento. Se observan, sobre esto, las reglas siguientes:

a) El hijo nacido *ex justis nuptiis* sigue la condición del padre en el momento de la concepción, pues la obra del padre queda entonces terminada.

b) Fuera de las *justae nuptiae*, el hijo sigue la condición de la madre en el día del parto (1). Y, sin embargo, una ley *Minicia*, de fecha desconocida, modifica esta solución en un sentido desfavorable para el hijo, decidiendo que si alguno de los dos autores era peregrino, el hijo siempre fuera peregrino. El hijo nacido de una ciudadana romana y de un peregrino, no poseyendo el *connubium* nacía peregrino; en cambio, sin esta ley nacía romano. Un senadoconsulto de Adriano decidió que la ley no se aplicara al hijo nacido de ciudadana romana y de un latino; el hijo nacía entonces ciudadano. (Gayo, I, §§ 78 y 80, *in fine*).

2. *Causas posteriores al nacimiento*.—Estas varían según se trate de un esclavo, de un peregrino o de un latino.

a) El esclavo se hacía ciudadano por una manumisión regular; es decir, realizada por un señor propietario del esclavo, *ex jure quiritium*, y siguiendo las formas legales (V. n.º 74).

b) El peregrino obtenía el derecho de ciudadanía en virtud de una concesión expresa, acordada por una decisión de los comicios, por un senadoconsulto, o por el emperador, cuya concesión podía ser más o menos extensa. Podía comprender todo entero el derecho de ciudadanía *cum suffragio*, o bien sin el derecho de voto, *sine suffragio*, o, en fin, limitarse a alguna de las ventajas de la ciudadanía romana:

(7) Gayo (I, § 96) hace con este motivo una distinción entre el *majus Latium* y el *minus Latium*. En las ciudades que hayan obtenido el *majus Latium*, el latino puede ser ciudadano romano, lo mismo si rige una magistratura o un honor, es decir, sin duda, un cargo municipal que no entra en la clase de magistrados propiamente dichos, o bien si le han elegido *decurión* sin haber sido magistrado. En las que sólo gozan el *minus Latium*, el latino, únicamente en el primer caso podrá ser ciudadano romano, siempre que rija una magistratura o un honor. La interpretación de este texto, restituído por Studemund, levanta por de pronto serias dificultades.

(8) No hay que confundir el *jus Latii* con el *ius italicum*. El *ius italicum* no era condición particular de las personas, sino una prerrogativa concedida a los territorios, de donde se hacían susceptibles de propiedad quirrítaria para los particulares y para los exentos del impuesto territorial (V. n.º 158).

70. (1) Ulpiano, V, § 8: *Connubio interveniente liberi semper patrem sequuntur, nos interveniente connubio matris conditioni accedunt...*—§ 10: *In his qui jure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempus spectatur, in his autem qui non legitime concipiuntur editionis...*

al *commercium* o al *connubium*. Bajo el Imperio, el *connubium* fué concedido con frecuencia a los veteranos (Gayo, I § 57).

Algunas veces se hacía la concesión a un individuo determinado, pero sin extenderse ni a la mujer ni al hijo. También se concedía a menudo a ciudades enteras que se hacían entonces *municipios* o *prefecturas* (2). Por casualidad era otorgado el derecho de ciudadanía a una región entera; así fué la Lombardía, más lejos del Pó, o Galia Traspadana, que la obtiene en 705 (3).

Ya hemos visto por qué medios los *latini veteres* y los *latini coloniarii* podían hacerse ciudadanos romanos (V. n.º 69, 2). En cuanto a los *latinos junianos*, ya estudiaremos las numerosas facilidades que les fueron dadas para adquirir el derecho de ciudadanía (V. n.º 75, I, 2), cuando estudiemos esta clase de libertos.

II. *De la pérdida del derecho de ciudadanía*.—El ciudadano romano perdía el derecho de ciudadanía: a) Por todas las causas de reducción a esclavitud, pues la pérdida de la libertad arrastra la pérdida de la ciudadanía.—b) Por el efecto de ciertas condenas, como la interdicción del agua y del fuego y la deportación, que la reemplaza bajo Tiberio (4).—c) Y, en fin, *dicatione*, cuando abandonaba por su voluntad la patria para hacerse ciudadano de otra ciudad extranjera. (Cicerón. *Pro Balbo*, 11 a 14).

§ 4.—Concesión del derecho de ciudadanía a todos los individuos del Imperio.

71. Los emperadores fueron pródigos en el derecho de ciudadanía. Claudio y Marco Aurelio hicieron amplias concesiones (1). Antonino Caracalla tomó una medida radical. Por un edicto del año 212 de nuestra era, concedió la cualidad de ciudadanos romanos a todos los habitantes del Imperio, determinándolo así por un interés fiscal. Había rebajado del vigésimo al décimo el impuesto que gravaba las manumisiones y las sucesiones de los ciudadanos: la extensión del derecho de ciudadanía fué destinada a hacer aquel impuesto más productivo. Macrino vuelve el impuesto a sus antiguos límites; pero la concesión del derecho de ciudadanía subsistió para todos los individuos del Imperio. Desde entonces no hubo más peregrinos que los condenados a penas, significando decadencia del derecho de ciudadanía los libertos

(2) Desde el siglo VIII de Roma, el *municipio* es una ciudad, disfrutando del derecho de ciudadanía romana, pero teniendo una completa organización municipal y una administración autónoma: magistrados, curias y comicios. La *prefectura* es un municipio, cuyo poder judicial se ejecuta por un *praefectus* enviado de Roma. Cf. *Lex Rubria de Gallia cisalpina*, c. 19 (Girard, *Textes*, pág. 72).

(3) Los pueblos que sólo obtenían la ciudadanía a condición de renunciar a su propio derecho, para adoptar las leyes romanas, se llamaban *populi junii*.—Cicerón, *Pro Balbo*, 8.—Aulo Gelio, *Noches at.*, XVI, 13.—*Fundus* es una palabra antigua cuyo sentido parece ser: *que aprueba*.—Festus. V.º *Fundus*.

(4) Gayo, I, § 128.—Ulpiano, X, § 3 y L. 2, § 1, D., *de paen.*, XLVIII, 19. Dion. Casio, 57, 22.

N. del T.—También se adquiría la cualidad de ciudadano cumpliendo ciertas condiciones previstas por las leyes en sus disposiciones. Así, los magistrados de las ciudades latinas adquirían el derecho de ciudad por el solo hecho de obtener su magistratura. Así también los latinos podían llegar a ser ciudadanos cumpliendo ciertas condiciones que enumera Ulpiano III, por ejemplo, sirviendo durante cierto tiempo en las guardias de Roma (*militia*) o armando una nave para el transporte de trigo a Roma (*navis*), etc.

71. (1) Cf. Tácito A., XI, 23, 14, 25.—Aurelio Víctor (*De caesar.*... 16), dicho de Marco Aurelio: *Data civitate promiscue civitas romana*.

dedicticios y los bárbaros que servían en las armas romanas: ya no hubo más latinos que los libertos latino-junianos (2).

Bajo Justiniano, todos los libertos son ciudadanos. Las únicas personas privadas del derecho de ciudadanía fueron los condenados a ciertas penas criminales, los esclavos y los bárbaros.

SECCIÓN II.—INGENUOS Y LIBERTINOS

§ 1.—De los ingenuos.

(I., de *ingenuis*, I, 4.)

72.—Es *ingenuo* el que nace libre y no ha sido nunca esclavo en derecho. Así, que para saber si una persona ha nacido libre, se aplican las reglas ya conocidas (V. n.º 64, 1 y n.º 70, 1). En el matrimonio, el hijo sigue la condición del padre en el momento de la concepción. Fuera del matrimonio, sigue la condición de la madre en el momento del nacimiento; pero en favor de la libertad, nace libre si la madre estuvo libre en cualquier momento de su gestación. Así que importa poco para la ingenuidad del hijo que los padres sean ingenuos o libertinos.

La esclavitud hace cesar la ingenuidad: el que ha sido esclavo y recobra la libertad no es más que un libertino. Sin embargo, el cautivo hecho libre *jure postliminii*, y el que sólo ha sufrido una esclavitud con los piratas o con los bandoleros, queda ingenuo. Lo mismo ocurre con el hombre que, habiendo nacido libre, ha sido tratado como esclavo por un error. (I., § 1. *Id.*) (1).

Los ingenuos pueden ser ciudadanos, latinos o peregrinos. El ciudadano ingenuo tiene todos los derechos y prerrogativas de la ciudadanía romana en derecho público y privado. El ingenuo latino y el ingenuo peregrino gozan de todas las ventajas que tolera su condición.

§ 2.—De los libertinos.

(I., de *libertinis*, I, 5.)

73.—Se llama *libertino* el que ha sido libertado de una esclavitud legal, es decir, conforme al derecho, contándose desde entonces entre las personas libres (1). El acto por el cual el señor confiere la libertad a su esclavo, renunciando a la propiedad que ejercía sobre él, se llama *manumisión*. El antiguo señor se hace el *patrono* del liberto denominado *libertus* en sus relaciones con su patrono, y *libertinus* mirado su condición en la sociedad (2).

(2) El texto mutilado del edicto de Caracalla, al cual hace alusión Ulpiano en la L. 17. de *stat. hom.*, I, 5, se encontró y fué publicado después en los papiros del Museo de Gles-sen (40). Excluye a los dedicticios. Esta disposición y el alcance general del edicto hacen nacer, por otra parte, numerosas dificultades (Girard, *Textes*, pág. 203).

72. (1) N. del T.—Por eso se llama siempre a la esclavitud *justa*, o *justa servidumbre*, porque si un hombre libre a quien erróneamente se creía siervo era libertado por su dueño putativo, no dejaba de ser ingenuo, y jurídicamente había sido siempre libre.

N. del T.—El nombre de ingenuo se deriva del latín *gignendo*, porque le es ingénita la libertad, es decir, porque es libre desde el instante en que fué engendrado.

73. (1) Gayo, I, § 11: *Ingenui sunt qui liberi nati sunt; libertini sunt qui ex justa servitute manumissi sunt.*

(2) Ulpiano, L. 6, D., si *ingen.*, XL, 14.—Gayo, III, § 51.—La palabra *libertinus* primitivamente se empleaba también para designar al hijo de un liberto.—Cf. Suetonio, *Claudio*, 24.

La manumisión es de derecho de gentes, como la esclavitud, lo cual atenúa su rigor, dejando al esclavo la esperanza de su libertad (3). Sin embargo, el Derecho civil la tiene sometida a formalidades sin las cuales el esclavo no podía ser libre en derecho. Veamos primero cómo se adquiere la libertad, y después estudiaremos la condición de los libertinos.

1.—Cómo se adquiere la libertad.

74.—Después de haber estado sometidas a las mismas reglas durante todo el tiempo de la República, las manumisiones fueron objeto de varias reformas desde el reinado de Augusto. Hay que distinguir dos períodos:

I. Desde los primeros siglos hasta el Imperio, la manumisión es regulada según principios rigurosos. Interesa a un mismo tiempo al señor propietario, a quien despoja de un bien, y a la ciudadanía, a quien da un ciudadano más. Por tanto, son precisas dos condiciones para adquirir la libertad: a) Que la manumisión tenga lugar por la voluntad del señor propietario, y b) Que sea hecha en formas solemnes, donde esté representada la ciudadanía.

Había de tres especies. La manumisión podía tener lugar: *censu*, *vindicta*, *testamento* (Ulpiano, I, § 6).

1. *Censu*.—Con el consentimiento del señor, el esclavo es inscrito en los registros del censo, donde cada ciudadano tenía su capítulo. Este modo de manumisión, aunque parece ser muy antiguo, data, sin duda alguna, de Servio Tulio (V. n.º 14, 2), no pudiendo emplearse más que cada cinco años, y en el momento de las operaciones del censo (Ulpiano, I, § 8).

2. *Vindicta*.—Es el procedimiento más práctico. El señor, acompañado del esclavo, y a veces de un tercero, casi siempre un lictor, se presenta en cualquier sitio delante del magistrado, y entonces tiene lugar la ficción de un proceso en reclamación de libertad. El tercero, llamado *adsertor libertatis*, confirma que el esclavo está libre; el señor no hace contradicción alguna, y el magistrado consagra la afirmación del *adsertor*, siendo libertado el esclavo (1).

3. *Testamento*.—La voluntad de un ciudadano expresada en su testamento es obligatoria, según la ley de las XII tablas.

El testador, pues, puede dejar directamente en libertad a su esclavo, diciendo en su testamento: *Stichus liber esto*. Entonces el esclavo es libre, en cuanto el testamento produzca su efecto (2). Como toda dis-

(3) Ulpiano, L. 6, D., de Justit., I, 1: *Manumissiones quoque juris gentium sunt. Est autem manumissio, de manu missio, id est datio libertatis*...—Ad. I, pr., ht.

N. del T.—También se podía libertar legalmente de la esclavitud sin manumisión, en algunos casos previstos por las Constituciones imperiales y que se enumeran en el *Digesto* en el título especial *De his qui sine manumissione ad libertatem perveniunt* (D. I. 40, t. VIII). Por ejemplo, un edicto de Claudio declara libre y sin patrono al esclavo a quien abandonó su dueño a causa de alguna enfermedad o achaque (ley II). Un rescripto de Marco Aurelio dice que cuando un esclavo ha sido vendido bajo condición de que el comprador le dará libertad en cierto plazo, el esclavo se hace libre al vencimiento de este plazo, aun cuando el comprador no hubiera verificado la liberación, con tal, sin embargo, que si vivía aún el vendedor no hubiera manifestado una voluntad contraria a la que expresó al hacerse la venta (ley III).

74. (1) Cf. Ulpiano, I, § 7.—I, § 2, de libert., I, 5.—A esta clase de manumisión la viene el nombre de un junquillo, *vindicta* o *festuca*, con el cual el *adsertor libertatis* tocaba al esclavo. Este junquillo era imagen de la lanza, símbolo de la propiedad (Gayo, IV, § 16, *in fine*.—V., sin embargo, Tito Livio, II, 5).

(2) Ulpiano, I, § 9.—II, § .—En este caso, el esclavo adquiere la libertad por efecto directo del testamento (*directa libertas*). Es el libertado del difunto, *libertus oircinus*. Es muy distinto del caso en que el testador ruega a su heredero que manumita al esclavo (*Fideicommissaria libertas*). Entonces es el heredero quien le da la libertad por la vindicta o por el censo, quedándose sin patrono. Ulpiano, II, § 8.—V. n.º 655.

posición testamentaria, esta manumisión puede muy bien suspenderse por un término o por una condición: hasta que llegue el día en que deba ser libre, el esclavo es, mientras tanto, un *statuliber* (V. n.º 74, nota 10).

El esclavo a quien un señor, *ciudadano romano*, liberta por alguna de estas tres maneras, se hace libre y ciudadano (3). Pero faltando una de estas dos condiciones, el esclavo no será libre en derecho. Esto suele ocurrir cuando el señor liberta a su esclavo sin usar los medios solemnes, por ejemplo, con ayuda de la declaración hecha delante de algunos amigos; o bien si el que hace la manumisión no es el propietario civil del esclavo, es decir, le tiene solamente *in bonis* (V. núms. 151 y 152). En estos casos, el esclavo nunca será libertado, quedará esclavo en derecho; sólo obtiene una libertad de hecho, que el señor puede hacerla cesar a su capricho, aunque también intervenía el pretor para oponerse a estos abusos de autoridad (4).

De manera que en este período un ciudadano sólo puede hacer un liberto, también ciudadano, quedando el esclavo libre y ciudadano, o esclavo en derecho.

II.—Al principio del Imperio se hicieron necesarias algunas reformas. Por una parte se hacía necesario fijar legalmente la condición de los esclavos libertados irregularmente, y a los cuales la autoridad del pretor sólo aseguraba una libertad de hecho. Y por otra parte, la facultad ilimitada de manumitir se había hecho insostenible por sus abusos. Al lado de una población diezmada por las guerras civiles crecían en número los libertados, extendiendo en el seno de la sociedad los elementos de desorden y corrupción, lo cual Augusto remedió en algo por estas dos medidas: a) Creando nuevas clases de libertos, a los cuales negó el derecho de ciudadanía, y b) Restringiendo las manumisiones. Estas fueron las leyes que analizaremos brevemente.

1. *Ley Junia Norbana* (5). Esta ley se ocupa de los esclavos que sólo tenían una libertad de hecho, porque para ser libertados les faltaba, bien el empleo de un modo solemne, o la voluntad de un señor civilmente propietario. Esta ley los consideraba libres de derecho, pero no ciudadano, y los asimilaba a los *latinos* de las colonias, descargándoles, además, de ciertas incapacidades especiales (V. n.º 75, 1, 2). Estos libertos se llamaron *latinos junianos* (Fr. Dosith., § 8.—Gayo, III, § 56).

2. La ley *Aelia Sentia*, del año 757 (4 de nuestra era), contenía cierto número de restricciones para las manumisiones. He aquí las principales: a) El esclavo libertado antes de la edad de treinta años no es más que un *latino juniano*. Solamente en un caso adquiere la ciudadanía: si ha sido manumitido por *vindicta*, y por motivo legítimo sometido-

(3) Ocurre de diferente manera cuando el señor no tiene el derecho de ciudadanía romana. El libertado, debiendo su existencia jurídica a su patrono, no puede tener condición superior a la suya. El libertado de un peregrino no puede ser más que otro peregrino (Fr. Dosith., § 12). Los desarrollos siguientes no se refieren más que a los libertados de los ciudadanos romanos.

(4) Fr. Dosith., § 6: *Qui domini voluntate in libertate erant, manebant servi; sed si manumissores aucti erant in servitute denuo, eos per vim ducere, interveniebat praetor et non patiebatur manumissum servare.*

(5) Esta ley se llama *Junia Norbana* en las Instituciones de Justiniano, y *Junia* en los textos de Gayo y de Ulpiano. Es ignorada su fecha exacta. Algunos la colocan en el año 671 de Roma. Pero en un pasaje de Cicerón (*Topic*, 2) demuestra que en 710 aun no existía. Otros afirman que fué votada bajo Tiberio en el año 772 (19 de nuestra era), siendo cónsules M. Junius Silanus y L. Norbanus Balbus. Esta es la única fecha de acuerdo con el nombre de *Junia Norbana*. Aunque los historiadores del reino de Tiberio, Dion, Casio, Suetonio y Tácito no hacen ninguna alusión. Además, ciertos textos de Gayo parecen indicar que es anterior a la ley *Aelia Sentia*, del año 757 (I, § 29.—III, §§ 74 a 76). En fin, Suetonio, hablando de las reformas de Augusto en materia de libertaciones, hace alusión a las disposiciones de la ley *Junia*, aunque sin nombrarlas (Octav., 40). Por cuyas razones creemos que data esta ley de los primeros siglos del reino de Augusto.

do a la aprobación de un consejo (6). De manera que, salvo esta excepción, donde la manumisión está justificada y rodeada de garantías particulares, la ley separaba del número de ciudadanos aquellos libertos cuya juventud pudiera ser objeto de desórdenes. Aunque también, habiendo dado pruebas de moralidad o rendido algún servicio al Estado, les facilitaba, según veremos más adelante, la adquisición de la ciudadanía (V. n.º 75, 1, 2).

b) La manumisión hecha por un señor menor de veinte años se declara nula, pues es de suponer que un señor tan joven se dejase llevar sin reflexión de sus actos, dando libertad a esclavos poco dignos de este favor. Pero, así y todo, la ley no se aplica, habiendo un motivo legítimo de manumisión y estando aprobado por el consejo; en cuyo caso el señor menor de veinte años puede libertar a su esclavo por la *vindicta*, haciendo un ciudadano, o *inter amicos*, haciendo un latino (Gayo, 1, §§ 38 y 41) (7).

c) La ley declara nula la manumisión hecha *en fraude de acreedores*. Se consideraba como tal la que, disminuyendo la fortuna del señor, le hacía insolvente o aumentaba su insolvencia, causando, por tanto, un perjuicio a sus acreedores (8). Aunque había ciertos jurisconsultos que exigían además que el señor tuviese conciencia del daño que hacía a sus acreedores, acabando por prevalecer esta opinión. Si estas dos condiciones van unidas, la ley impide producir su efecto a la manumisión en interés de los acreedores (9).

Entonces el esclavo es libre de hecho, pero no lo será de derecho hasta asegurarse bien de que los acreedores no harán prevalecer la ley *Sentia*. Su interés debía llevarles a una pronta solución, aunque, sin embargo, no parece que ningún plazo les haya sido concedido (10).

d) La ley *Aelia Sentia* crea una tercera clase de manumitidos, los *dedictici*. Todo esclavo que durante su esclavitud haya sufrido ciertos castigos no será digno de hacerse por la manumisión ni ciudadano ni latino. La ley sólo le concede la condición de peregrinos *dedictici*, con cierta agravación (Gayo I, § 13.—Ulpiano I, § 11.—V. n.º 75, 1, 3).

A todas las disposiciones anteriormente citadas la ley hacía una importante excepción. En favor del señor, y a fin de tener seguro un heredero, decidía que el esclavo, instituido y libertado por el testamento de su amo, se haría libre y ciudadano siempre que tuviese menos de treinta años, que no estuviera en situación de hacerse *dedicticio*, que

(6) Gayo, I, §§ 18 y 19.—Ulpiano, L. 16, pr., D., *de man. vindict.*, XI, 2.—El Consejo se componía en Roma de cinco senadores y de cinco caballeros púberos, y en las demás provincias de veinte recuperadores ciudadanos romanos (Gayo, I, § 20).

(7) El señor que desde la edad de catorce años podía por testamento disponer de sus bienes, no podía libertar sus esclavos de la misma manera que si tuviera veinte años (Gayo, I, § 40). Es una disposición de la cual no hay que extrañarse, puesto que la ley ha querido impedir, no la transmisión de la propiedad de los esclavos, sino su manumisión por un señor demasiado joven. Sin razón Justiniano critica y reforma lo que a él le parece una inconsecuencia (I, § 7, *qui et quib.*, *ex caus.*, I, 6.—Nov. 1919, c. 2).

N. del T.—En la manumisión hecha por el señor menor de veinte años no se aplicaba la ley *Aelia Sentia*, habiendo un motivo legítimo de manumisión. Esas causas legales eran, por ejemplo (y decimos por ejemplo porque Justiniano cita sólo algunas, por vía de tal, *veluti*, con lo cual se indica que había otras), cuando se manumitía al padre o madre, al preceptor, nodriza o hermano de leche. Asimismo cuando se manumitía a una esclava para casarse con ella o a un esclavo para hacerle su procurador.

(8) Gayo, L. 10, D., *qui et a quib.*, XI, 9.—Pomponio, L. 23, D., *eod.*—I, § 3, *qui et quib. ex caus.*, I, 6.

(9) Gayo, I, § 37: *Qui in fraudem creditorum... manumittit, nihil agit quia lex Aelia Sentia impedit libertatem.*

(10) Mientras tanto, el esclavo será un *statuliber*. Así se llamaba al esclavo libertado bajo término o condición. La esperanza de la libertad descansa sobre él, y se hace libre de derecho pleno al llegar el término o condición. Esta situación puede resultar, bien sea de una manumisión *en fraude de acreedores*, o bien por una manumisión *testamentaria*, sometida expresamente a un término o condición.—Paulo, L. 1, pr., y § 1, D., *de statulib.*, XI, 7.—Ulpiano, II, §§ 1 a 5.

el amo no tuviese menos de veinte años y que la manumisión hubiese sido hecha en fraude de acreedores. Este favor sólo está acordado para un esclavo y no habiendo además ningún otro heredero testamentario (Ulpiano, I, § 14.—I, § 1, *qui et quib. ex caus.*, I, 6.—V. n.º 587).

3. La ley *Fufia Caninia* (11) limita las manumisiones testamentarias, que fueron excesivas, porque no estaban restringidas por el interés personal del señor. Se veía frecuentemente que los ciudadanos daban la libertad por testamento a todos sus esclavos por indignos que fuesen de este favor (Dionisio de Hal, IV, 23). Al escándalo de estas manumisiones, cuyo motivo único era la vanidad del testador, se unía el menoscabo que llevaba al derecho del heredero, a quien privaban de una parte, casi siempre considerable, de la fortuna del difunto. La ley, entonces, decidió que el señor no pudiese libertar más por testamento que una parte determinada del número de esclavos, y nunca más de ciento. (Gayo I, §§ 42 a 45). Fué revocada por Justiniano (C., *de lege Fufia Can.*, *tol.*, VII, 3).

II.—De la condición de los manumitidos.

75.—La condición de los manumitidos difiere, bajo dos conceptos, de la de los ingenuos: a) en el punto de vista jurídico tienen un puesto inferior en la sociedad; b) y quedan además ligados con ciertas obligaciones hacia su antiguo señor o patrono.

I. *Condición social de los manumitidos.*—Desde las reformas de Augusto hubo entre los romanos tres clases de manumitidos: los manumitidos *ciudadanos*, los *latinos junianos* y los *dediticios* (1).

1. *Manumitidos ciudadanos.*—Estos son los más favorecidos; adquieren a un mismo tiempo la libertad y el derecho de ciudadanía. Sin embargo, están, por varias razones, en una situación inferior a la de los ingenuos. En derecho público no tienen el *ius honorum*, es decir, el acceso a las magistraturas, ni aun a los municipios, donde tampoco pueden formar parte de la curia. La ley *Visellia*, hecha bajo Tiberio, se lo prohibía, bajo penas severísimas. En cuanto al derecho del voto, sólo lo ejercían en los comicios, por tribus, y ya sabemos cómo los censores los habían repartido en las cuatro tribus urbanas para disminuir su influencia (V. n.º 29). En derecho privado tuvieron en un principio el *commercium* y el *connubium*; pero el matrimonio entre ingenuos y libertados quedó por largo tiempo vedado. Bajo Augusto fué limitada

(11) La revisión de Gayo por Studemund precisó el nombre de esta ley, llamada antes *Furia* o *Fusta Caninia*, creyéndola del año 761 a causa del cónsul *Furius Caninius*. Según algunos autores, debió de ser del año 742, que hubo un cónsul llamado *Caninius Rebilus*, aunque no es posible precisar la fecha con exactitud.

N. de T.—Cuando el testador se excedía en las manumisiones del número determinado en la ley, sólo obtenían la libertad los primeros nombrados hasta llegar a este número. Si se habían puesto los nombres de los esclavos en círculo, como entonces era imposible distinguir los primeros y los últimos, ninguno adquiría la libertad (Gayo, I, párrafos 42 y siguientes).

75. (1) Ulpiano, I, § 5: *Libertorum genera sunt tria: ciues romani, latini iuniani, deditiorum numero.*

N. del T.—El *Latino Juniano* podía obtener la libertad romana de los modos siguientes: 1.º *Beneficio principali*, por rescripto en que se la concedía el emperador; 2.º *Liberis*, o por *causae probatio*, cuando, habiendo contraído nupcias con una ciudadana o latina, tenía de ella un hijo y éste cumplía un año; 3.º *Iteratione*, por una nueva manumisión con las condiciones que daban la ciudadanía y que faltaban en la primera; 4.º *Militia*, por haber servido en las guardias de Roma, primitivamente seis años, posteriormente tres; 5.º *Nave*, si había transportado trigo a Roma durante seis años en nave que él construyó; 6.º *Aedificio*, si construyó una casa en Roma (Ulpiano, Re. III, párrafo 1); 7.º *Pistrino*, si estableció una panadería o un molino (Ulpiano, lugar citado).

esta defensa a los senadores y a sus hijos. En fin, no tienen derecho a llevar el anillo de oro, privilegio de los caballeros.

Bajo el Imperio, los manumitidos ciudadanos podían adquirir individualmente por concesión del príncipe una condición igual a la de los ingenuos; había dos grados en este favor. El *jus aureorum annulorum* asimila el manumitido a un ingenuo, lo mismo en derecho público que en derecho privado, pero dejando subsistir los derechos del patrono (Ulpiano, L. 6, D., *de jur. aur. an.*, XL, 10). La *restitutio natalium* concede al manumitido una ingenuidad completa y extingue hasta los derechos del patrono, por lo cual sólo se acuerda con su consentimiento (Marciano L., 2 D., *de nat. rest.*, XL, 11).

2. *Manumitidos latinos junianos*. Su condición es la misma que la de los latinos de las colonias. No tienen derechos políticos. En derecho privado tienen el *commercium*, pero no el *connubium*. La ley *Junia Norbana* les afecta también en ciertas incapacidades especiales; así que no pueden: a) Ni testar; a su muerte, vuelven sus bienes al señor (V. n.º 671, II); b) Ni recoger una sucesión testamentaria o un legado, a menos de hacerse ciudadanos en los cien días siguientes a la muerte del testador (V. n.º 554); c) Ni ser nombrados tutores testamentarios (Gayo, I, § 23); d) Ni, según la ley *Atilia*, ser nombrados tutores en Roma por el magistrado (Fr. del Sinai, 17).

Desde el reinado de Augusto, y bajo los emperadores que siguieron, les fué muy fácil a los latinos junianos mejorar su condición y adquirir la cualidad de ciudadanos: a) El que a los treinta años cumplidos hubiese sido libertado de una manera no solemne, *inter amicos*, por ejemplo, y sólo hubiese adquirido la condición de latino, se hacía ciudadano *iteratione*, habiendo sido libertado por segunda vez por su antiguo señor de una manera solemne (Ulpiano, III, § 4); b) Una concesión expresa del emperador podía también conferir a un latino la cualidad de ciudadano, pero sin quitar al patrono sus derechos sobre la sucesión del libertado latino (Gayo, III, § 72); c) La ley *Aelia Sentia*, decidiendo que el manumitido menor de treinta años sería latino, le concedía el siguiente favor: Si se casaba con una ciudadana o una latina en presencia de siete testigos ciudadanos romanos o púberos, asegurando que se casaba para tener hijos y que de esta unión naciera un hijo, podía, cuando este hijo tuviera un año, presentarse al magistrado, probándole, tanto la existencia del hijo como la causa de su matrimonio, *causam probare*. Entonces se hacían ciudadanos, acordándose también la ciudadanía a la mujer y al hijo, si es que ya no la tenían. Esta es la *causae probatio*. Bajo Vespasiano, el senadoconsulto Pegasiano extendió este beneficio a todos los latinos junianos (2); d) En fin, en virtud de decisiones tomadas bajo Tiberio, Claudio y Trajano, pudieron los latino-junianos adquirir la ciudadanía en varios casos en que hubiesen hecho algún servicio de importancia al Estado (3).

3. *Manumitidos dediticios*.—Fueron de los manumitidos los menos favorecidos: *pessima libertas*. Asimilados a los peregrinos que se rindieron a discreción, no poseían ni derechos políticos, ni *connubium*, ni *commercium*. Además, les estaba en absoluto prohibido internarse en Roma o en un radio de cien millas alrededor de Roma (4) bajo pena de

(2) Gayo, I, §§ 29 a 32.—El latino podía llegar también a la ciudadanía romana por la *erroris causae probatio* (V. n.º 94, c.).

(3) Cf. Ulpiano, III, §§ 1, 5, y 6.—Gayo, I, §§ 32 a 34.

(4) La primera milla alrededor de Roma se contaba desde la piedra milliaria colocada en cada puerta, aunque hubo algunas variaciones en el punto de salida; también se contaba desde la última fila de casas (Macer, L. 154, D., *de verb. sig.*, L. 16). El millario de oro enclavado en tiempo de Augusto bajo el foro no tuvo influencia sobre el cálculo de la milla.

caer otra vez en esclavitud y de ser vendidos ellos y sus bienes, con la cláusula siguiente: de no poder nunca jamás ser manumitidos. En fin, que no había medio de mejorar su condición ni de llegar a la ciudadanía (Gayo I, §§ 27 y 29). Este rigor estaba justificado por su conducta anterior, pues se presumía que hubiesen sido ciudadanos peligrosos.

II. *Relaciones de los manumitidos con el patrono.*—Sea cual fuere la condición del liberto, sus relaciones con el patrono son las mismas, aparte de ciertas diferencias para el reglamento de su sucesión (V. números 670 y 674).

Siendo a su antiguo señor a quien el libertado debe su existencia civil, debe estar con él en relación análoga a la del hijo con su padre. Por tanto, toma el nombre (5), origen y domicilio legal del patrono (6), formando también parte de su *gens*.

Por otra parte, con motivo del agradecimiento que debe al patrono, tiene que sujetarse hacia él a ciertas obligaciones que constituyen los *jura patronatus* o derechos de patronato. Estos derechos pasan también a los hijos agnados del patrono, y se pueden dividir en tres grupos: a) *Obsequium*.—El patrono tiene derecho al respeto y consideraciones por parte del liberto (7). Este derecho se manifestaba bajo las formas más variadas; por ejemplo, el libertado no podía perseguir a su patrono sin autorización de un magistrado (L. 4, § 1, D. *de in jus voc.* II, 4), debiéndole también alimentos en la necesidad (Paulo, S. II, 32). Esta obligación estuvo por mucho tiempo desprovista de sanción, pero la ley *Aelia Sentia* estableció penas contra el liberto ingrato (Tácito, *An.* XIII, 26), y en los tiempos de Cómodo pudo ser puesto otra vez en esclavitud (V. n.º 64 *in fine*).

b) *Operae*.—Además, el señor hacía prometer ciertos servicios al liberto, *operae*, bien fuera con ayuda de alguna estipulación o bien por juramento (V. n.º 337). Estos dos procedimientos hacían nacer la misma obligación sancionada por la acción *operarum* (L. 2, § 1; L. 8 pr. y L. 15, § 1, D., *de op. liber.*, XXXVIII, 1). Había dos clases de *operae*. Las *operae officiales* consistían en los servicios domésticos; por ejemplo, administrar los asuntos del patrono, cuidar su casa durante su ausencia y acompañarle en sus viajes (L. 38, § 1 y L. 50, D., *eod.*). Estos servicios, naturalmente, se consideraban como debidos al agradecimiento, cesando esta obligación a la muerte del patrono. Los *operae fabriles* tenían un carácter pecuniario, reservándose el patrono cierto número de jornales de trabajo, según el oficio, arte o profesión del liberto. Podía ceder o arrendar este censo, y pasar a sus herederos (8).

c) En fin, el patrono tenía importantes derechos sobre la *tutela* y la *sucesión* del liberto. (V. núms. 108, 1 y 689).

(5) Desde el fin de la República, el liberto tuvo tres nombres: al *praenomen* y al *nomen gentilitium* del patrono une como *cognomen* el nombre que tenía siendo esclavo. Por ejemplo: *Hermes*, liberto de *Marco Valerio*, se llamaba *M. Valerius M. L. Hermes*, es decir, *Marco Valerio (Marcilibertus) Hermes*. Por regla general, las mujeres libertadas no tenían apellido, como los ingenuos (V. n.º 81, nota 2). El liberto de una mujer tomaba el apellido del padre de su patrona. Cf. *Corp. inscr. lat.*, VI, 3.939.

(6) Ulpiano, L. 6, § 3, D., *ad municip.*, L. 1: *Libertini originem patronorum vel domicilium sequuntur: item qui ex his nascuntur*.—El origen resulta del lugar del nacimiento. El libertado entonces es considerado como originario de la misma ciudad que el patrono.—Cf. L. 22, § 2 y L. 23, pr., D., *eod.*

(7) Ulpiano, L. 9, D., *de obseq.*, XXXVIII, 15: *Liberto et filio semper honesta et sancta persona patris ac patroni videri debet*.

(8) Ulpiano, L. 6, D., *de op. liber.*, XXXVIII, 1: *Fabriles operae ceteraeque quae quasi in pecuniae praestatione consistunt, ad heredem transeunt: officiales vero non transeunt*.

III.—Último estado del Derecho.

76.—Los modos de manumisión bajo Justiniano se hicieron numerosos.

La manumisión *censu*, en vigor todavía en la época clásica, es cierto que cayó en desuso (1). Pero Constantino admitió la manumisión en las iglesias por una declaración hecha delante del pueblo y en presencia de los sacerdotes (L. 1, C., *de his qui in eccl.*, I, 13). Además, Justiniano dió pleno y entero efecto a la voluntad de libertar manifestada por carta, o *inter amicos*, y de otras varias maneras, enumeradas en la L. 1 C., *de latin. lib. tol.*, VII, 6.

Suprimió al mismo tiempo los latinos junianos y los dediticios, de manera que desde entonces sólo hubo libertos ciudadanos (C., VII, 5 y 6).

Más tarde fué más lejos, haciendo desaparecer toda diferencia social entre ingenuos y libertinos. Decidió que la manumisión llevase de pleno derecho el *jus aureorum annulorum*, y que la *restitutio natalium*, no dependiera más que de la voluntad del patrono, sin necesidad de ninguna decisión del emperador, dando a este favor el nombre de *jus regenerationis* (Nov. 78, c. 1).

Apéndice.—Del colonato.

77.—A la primera división de las personas en *esclavos* y *libres* se une naturalmente el estudio del *colonato*. No es institución de la época clásica, pues entonces la palabra *colonus* tenía otro sentido, llamándose así, bien fuera al propietario cultivador del suelo de Roma o de las colonias (Papiano L. 17, § 10 D., *ad municip.* L. 1), o bien al arrendatario de la tierra de otro (Gayo, IV, §§ 147, 153). Durante el Bajo Imperio, la palabra *colonus* significaba una nueva condición: la del hombre libre, atado a perpetuidad a la tierra de otro para cultivarla mediante un censo en dinero o en naturaleza.

No hay acuerdo ni sobre la fecha de esta institución ni sobre sus orígenes, aunque lo más cierto parece que en el siglo III era ya conocida (1) y que las reglas fijadas para sus costumbres fueron precisadas y completadas por las instituciones imperiales, sobre todo desde tiempos de Constantino (2).

En cuanto a los orígenes del colonato, por regla general se admite que se estableció poco a poco, bajo la influencia de varias causas de las que he aquí las principales: a) El colonato existía ya en algunas comarcas, tal como Egipto, antes de la conquista que hizo de las provincias romanas; b) Fueron fundados numerosos establecimientos de colonos por los bárbaros vencidos, a los cuales concedieron los emperadores

76. (1) Bajo el Imperio no hubo empadronamiento desde Vespasiano hasta Decio, que hizo confeccionar el último, en el año 249 de nuestra era.

77. (1) Como haciendo alusión al colonato, se puede citar un texto de Marciano: L. 112, pr., D., *de legat* 1.º XXX, y una Constitución de Alejandro Severo del año 225: L. 1, C., *de infant.*, VIII, 52.

(2) V. sobre el colonato: C. Th., V, 9, 10, 11.—C. J., XI, 47 a 52, 62 a 68.

N. del T.—Puede consultarse Baratonio, *Colonato romano*, en la *Enciclopedia giuridica italiana*, V, 3, parte 2.ª (Milán, 1910); Rostowzew M., *Kolonat* en *Hadwörterbuch der Staatswiss* Krgsvon I. Koarad (Jena, 1911), y Segré, *Origine del colonato*, en el *Archivio Giuridico*, vols. XLII a XLIV y XLVI.

tierras lejanas, sobre todo en Galia, en Tracia y en Iliria.—c) A causa de los desórdenes del Bajo Imperio estos pequeños propietarios, antes de perder sus tierras, preferían casi siempre abandonarlas a los ricos, para quedarse colonos y cultivarlas en paz.—d) En fin, Constantino y sus sucesores favorecieron la extensión del colonato en favor de la *agricultura*, y más que nada en favor del *fisco*, pues el colono, al mismo tiempo que el cultivo de la tierra, de la cual no podía separarse, aseguraba también el pago del impuesto territorial. Por tanto, los emperadores decidieron que todo aquel que durante treinta años cultivase la tierra de otro se hiciese colono, y además, que todo hombre libre tuviese derecho a ser colono. Desde entonces el colonato podía resultar: bien por *nacimiento*, toda vez que el hijo del colono nace colono, o bien por *prescripción* o *convención* (Cf. L. 23, § 1, C., de *agricol.* XI, 47).

La condición jurídica de los colonos varía según cómo se les considere en la sociedad, o en sus relaciones con el propietario del terreno.

1. El colono en la sociedad queda *libre*, ingenuo o libertino, según su condición anterior (3). Puede casarse. Puede adquirir y hacerse acreedor o deudor; pero le está en absoluto prohibido enajenar sin el consentimiento de su amo (L. 2, C., in *quib. caus.*, XI, 49), pues sus bienes garantizan el pago del censo y del impuesto territorial. Tampoco puede ejercer ningún cargo público.

2. En cuanto al propietario del terreno que cultiva, trata a su colono, sobre poco más o menos, como si fuese un esclavo. Tiene que estar ligado a la tierra que cultiva, prohibiéndole abandonarla, lo cual un texto califica de *servus terrae* (4). Si la tierra llegara a venderse, el colono también con ella, pudiendo reclamarle el propietario (L. 7, C., de *agricol.* XI, 41). Pero nunca el colono podrá perseguir en justicia al propietario, salvo en casos excepcionales (L. 2, C., in *quib. caus.* XI, 49).

La condición del colono es perpetua, no pareciendo susceptible de cesar por una libertación, puesto que el colono no perdía su libertad.

El colonato estuvo también en vigor bajo Justiniano, subsistiendo aún durante varios siglos en Occidente, después de la caída de la dominación romana.

(3) Al lado de los colonos libres llamados *coloni*, *inquilini*, había también esclavos cuyos amos ligaban a la tierra como colonos, con cierta libertad de hecho, llamados especialmente *adscriptitii tributarii*. Estos esclavos no tenían nada de su propiedad; su peculio pertenecía a los amos (L. 18; L. 21, C., de *agricol.*, XI, 47). Sólo hablamos aquí de los colonos libres.

(4) L. 1, § 1, C., de *col. thrac.*, XI, 52: *...Licet conditione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius, cui nati sunt, existimentur...*

N. del T.—Por eso, era considerado el colonato como un estado intermedio entre la libertad y la esclavitud. Los colonos eran pequeños arrendatarios, de condición jurídica libre, pero vinculados perpetuamente al fundo cultivado por ellos.

SEGUNDA DIVISIÓN

PERSONAS «ALIENI JURIS» Y «SUI JURIS»

§ 1.—Generalidades.

78.—Las personas consideradas en la familia se dividen en dos clases, según que sean *alieni juris* o *sui juris*.

Se llaman *alieni juris* las personas sometidas a la autoridad de otro. Por tanto, en el derecho clásico hay cuatro poderes (Gayo, I, § 49): 1.—La autoridad del señor sobre el esclavo.—2. La *patria potestas*, autoridad paternal.—3. La *manus*, autoridad del marido, y a veces de un tercero, sobre la mujer casada.—4. El *mancipium*, autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre. La *manus* y el *mancipium* cayeron en desuso bajo Justiniano.

Las personas libres de toda autoridad, dependiendo de ellas mismas, se llaman *sui juris*. El hombre *sui juris* es llamado *paterfamilias* o jefe de familia. Este título implica el derecho de tener un patrimonio, y de ejercer, sobre otro, las cuatro clases de poderes. El ciudadano *sui juris* los disfruta, sea cual fuere su edad, y aunque no tenga de hecho persona alguna sobre su autoridad (1). La mujer *sui juris* es llamada también *materfamilias*, esté o no casada, siempre que sea de costumbres honestas (2). Puede tener un patrimonio y ejercer la autoridad de ama sobre los esclavos; pero la autoridad paternal, la *manus* y el *mancipium*, sólo pertenecen a los hombres.

Estudiar las personas *alieni juris* viene a ser estudiar los diversos poderes a los cuales están sometidas, pero primeramente es necesario echar una ojeada sobre la organización de la familia romana, precisando cuáles son los lazos de *parentesco*, civil o natural, que pueden unir los miembros de la familia y de la *gens*.

§ 2.—De la familia, del parentesco: cognación, agnación.—

De la “gens” y de los derechos de gentilidad.

79.—De la familia y del parentesco.—La palabra *familia*, aplicada a las personas, se emplea en Derecho Romano en dos sentidos contrarios (1).

79. (1) Ulpiano, L. 195, § 2, D., de verb. sign., L. 16: ...*Paterfamilias appellatur qui in domo dominium habet; recteque hoc nomine appellatur quavis filium non habeat; non enim solum personam ejus sed et jus demonstramus*...—L. 4, D., de his qui sui... I, 6.

(2) Ulpiano, L. 46, § 1, D., eod.—Según Aulo Gello (*Noctis at.*, XVIII, 6), el título de *materfamilias* sólo se le daba a la mujer casada *in manu*; aunque este sentido no parece haber prevalecido.

N. del T.—Gayo, I, 48, 49: *Quaedam personae sui juris sunt, quaedam alieno juri sunt subjectae* 46.—*Earum personarum quae alieno juri subjectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu aliae in mancipio sunt*.—Conviene observar que en el Derecho de Justiniano no existen ya el *mancipium* ni la *manus*, quedando sólo la *patria potestas*; por tal razón, persona *alieni juris*, en el Derecho justinianeo, es sinónimo de hijo de familia. V. a Pampaloni, *Personae in causa mancipii vel diritti romano giustiniano*, articulo inserto en el *Bullettino dell' Istituto di Diritto romano*, XVII, páginas 123 y siguientes.

79. (1) La palabra *familia* se aplica también a las cosas para designar, bien sea el conjunto del patrimonio, o bien la totalidad de los esclavos pertenecientes a un mismo amo (L. 195, §§ 1 y 3, D., de verb. sign., L. 16).

Hablaremos de los dos.

1. En el sentido propio se entiende por *familia* o *domus* la reunión de personas colocadas bajo la autoridad o la *manus* de un jefe único (2).

La familia comprende, pues, el *paterfamilias*, que es el jefe; los descendientes que están sometidos a su autoridad paternal y la mujer *in manu*, que está en una condición análoga a la de una hija (*loco filiae*).

La constitución de la familia romana, así entendida, está caracterizada por el rasgo dominante del régimen *patriarcal*: la soberanía del padre o del abuelo paterno. Dueño absoluto de las personas colocadas bajo su autoridad, el jefe de familia arregla a su manera la composición: puede excluir a sus descendientes por la emancipación (V. n.º 97); puede también, por la adopción, hacer ingresar algún extranjero (Véase número 92). Su poder se extiende hasta las cosas: todas sus adquisiciones y las de los miembros de la familia se concentran en un patrimonio único, sobre el cual ejerce él solo durante toda su vida los derechos de propietario (V. n.º 83, 2). En fin; el *paterfamilias* cumple como sacerdote de dioses domésticos, las *sacra privata*, las ceremonias del culto privado, que tienen por objeto asegurar a la familia la protección de los ascendientes difuntos (3).

Esta organización, que tiene por base la preeminencia del padre, y donde la madre no juega ningún papel, es del tiempo del origen de Roma, habiendo quedado intacta durante varios siglos. Se modificó muy lentamente, sobre todo en el Bajo Imperio, donde la autoridad del jefe llegó a ser menos absoluta (V. n.º 83).

2. El *paterfamilias* y las personas colocadas bajo su autoridad paternal, o su *manus*, están unidos entre ellos por el parentesco civil llamado *agnatio*. Esta ligadura subsiste a la muerte del jefe, lo mismo entre sus hijos que hechos *sui juris*, después de muerto el padre, son jefes a su vez de nuevas familias, o *domus*, que entre los miembros de las cuales están formadas. Todas estas personas se consideran como pertenecientes a una misma *familia civil*: he aquí otro sentido de la palabra *familia*, en cuyo caso, que es el más común, la *familia* se compone de *agnados*, es decir, del conjunto de personas unidas entre ellas por el parentesco civil (4).

Tenemos, por tanto, que precisar cuáles son los *agnados*, y desde luego también los padres que sólo tienen la cualidad de *cognados*.

80.—*Del parentesco: cognación, agnación.*—Los romanos distinguen el parentesco natural o *cognatio* y el parentesco civil o *agnatio* (1).

1. La *cognatio* es el parentesco que une las personas descendientes unas de otras (línea directa) o descendiendo de un autor común (línea colateral), sin distinción de sexo (Cf. I de *grad. cognat.*, III, 6).

Es, por tanto, un parentesco que resulta de la misma naturaleza (2).

(2) L. 195, § 2, D., *ead.*: ...*Jure proprio familiam dicimus plures personas quae sunt sub unius potestate aut natura jure subjectae*...—Sobre *domus* en este sentido: Ulpiano, Fr. Vat., § 190: *Tria autem onera (tutelarum) in domo esse sufficit*.—L. 17, D., de *test.* XXII, 5: *Nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi*.—(V. también nota 4, in fine).

(3) Ovidio, *Fausto.*, II, 547.—Catón de *re rustica*, 143.—V. n.º 139, 2.

(4) L. 195, § 2, D., *ead.*: ...*Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum; nam etsi paterfamilias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerant ejusdem familiae appellabuntur qui ex eadem domo et gente proditi sunt*.

N. del T.—Además de los indicados sentidos de la palabra *familia*, entre los romanos significaba también el conjunto de los bienes del padre de familia y el conjunto de los esclavos sometidos a la potestad dominical de aquél, aunque más propiamente con el nombre de familia se entiende el conjunto de los agnados, como se expresa en el texto.

80.—(1) La palabra *parentes*, de la cual hemos formado la de *parientes*, indica el padre, la madre y demás ascendientes en general (de *parere*, engendrar).

(2) Ulpiano, L. 1, § 1, D., unde *cogn.*, XXXVIII, 8; *Cognati autem appellati sunt quasi ex uno, nati, ut, Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint*.—Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la agnación atrae a la cognación. El hijo adoptivo se hace el agnado, y el cognado del adoptante, y los agnados del adoptado. (L. 23, D., de *adop.*, I, 7).

En nuestro Derecho, este parentesco es suficiente para constituir la familia, pero en Derecho Romano es completamente distinto.

Los que su cualidad es sólo de cognados, no forman parte de la familia civil; para ser de esta familia hay que tener el título de *agnados*.

2. La *agnatio* es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital. Es muy difícil dar una definición completa de los *agnados*.

Se puede decir que son los descendientes, por vía de varones, de un jefe de familia común, colocados bajo su autoridad, o que le estuvieran sometidos si aún viviera (3). Hay que poner también entre los *agnados* a la mujer *in manu*, que es *loco filiae*.

La familia agnática comprende: a) *Los que estén bajo la autoridad paternal o la manus del jefe de familia, entre ellos y con la relación al jefe*. La agnación existe entre el padre y los hijos o hijas nacidos de su matrimonio legítimo, o introducidos en la familia por adopción.

Si los hijos se casan y tienen hijos, estos hijos están *agnados* entre ellos, y *agnados* de su padre y de su abuelo paterno. Los hijos no son *agnados* de su madre, a no ser que ésta sea *in manu*; de lo contrario, sólo son sus cognados, por no tener nunca sobre ellos la autoridad paternal.—b) *Los que hayan estado bajo la autoridad del jefe, y que lo estarían si aún viviese*. Cuando muere el jefe, los descendientes, ya unidos por la agnación, quedan *agnados* también entre ellos.—c) *Los que nunca estuvieron bajo la autoridad del padre, pero que lo hubiesen estado de haber vivido*. Si el jefe ha muerto al casarse sus hijos, y éstos tienen hijos, estos hijos estarán *agnados* entre ellos (4).

La agnación puede desenvolverse hasta lo infinito, aunque sólo se transmite por medio de los varones. Cuando un jefe de familia tiene un hijo y una hija, los hijos del hijo serán sus *agnados*, y los de su hija estarán bajo la autoridad del marido, que es su padre; es decir, en la familia de su padre y no en la de su madre, por lo que la agnación queda suspensa por vía de las mujeres (5).

El Derecho civil concede importantes prerrogativas a los *agnados* que componen solos la familia, especialmente en derechos de *tutela*, en derechos de *curatela* y en derechos de *sucesión* (6). En cambio, la *capitis deminutio* hace perder la agnación con las ventajas que la están unidas, mientras que no tiene influencia alguna sobre la cognación (V. 134, nota 5).

Se comprende, por la enumeración de los *agnados*, que la composición de la familia romana era arbitraria y poco conforme al derecho natural, pues si la ligadura de la sangre existía casi siempre entre los *agnados*, la familia civil podía comprender también personas de sangre extraña, tal como los hijos adoptivos.

La madre estaba excluida, a menos que fuera *in manu*, extendiéndose esta exclusión a todos los parientes por parte de las mujeres. En fin; los hijos que emancipaba el jefe de la familia o entregaba en adopción cesaban de formar parte, puesto que dejaban de ser *agnados*. La reacción contra esta organización primitiva de la familia fué muy lenta.

Pero esta cognación artificial no sobrevive a la agnación: el hijo adoptivo emancipado ya no queda atado por ningún lazo a la familia adoptiva.

(3) Gayo, I, § 156: *Sunt autem agnati per virilis sexus personarum cognatione juncti, quasi a patre cognati*...—Ad. Gayo, III, § 10.—Ulpiano, XI, § 4.

(4) Algunos autores admiten que éstos son los únicos *agnados*, los que hayan estado efectivamente bajo la autoridad del mismo jefe. Esta noción se contradice en los textos que afirman que la agnación se extiende *in infinitum*. Cf. Ulpiano, L. 2, § 1. D., *de suis et legitimis*, XXXVIII, 16.—I, § 1, *de leg. agn. suc.*, III, 2.

(5) I, § 3, *de patr. pot.*, I, 9.—L. 195, § 5, D., *de verb. sig.*, L. 16: *mulier familiae suae et caput ei finis est*.

(6) C. sobre los derechos de agnación, los núms. 106, 122, 133, 663 y sig.

El pretor fué el primero que se sintió algo favorable hacia los cognados, concediéndoles en varios casos los derechos de sucesión que el Derecho civil sólo reservaba a los agnados, entrando más tarde por la misma vía los senadoconsultos y las Constituciones imperiales, aunque sólo fué bajo Justiniano, y después de las *Novelas* 118 y 127, cuando desaparecieron definitivamente los privilegios de la agnación y cuando la cognación fué suficiente en lo sucesivo para conferir los derechos de familia (7).

81.—De la «gens» y de los derechos de gentilidad.—Aparte de la familia, los textos antiguos hacen también mención de otra agrupación civil, la *gens*, cuyos miembros son los *gentiles*. Nos demuestran que cada *gens* tenía su culto propio, *sacra gentilitia*, y su sepulcro (1); que todos los miembros de la *gens* llevaban el mismo nombre *nomen gentilitium* (2), y que a la gentilidad había ligados derechos especiales de sucesión, de tutela y de curatela. Pero ¿qué era en justicia este elemento de la sociedad romana primitiva? Hoy todavía es un problema difícil de resolver, según el estado actual de las fuentes. Gayo no dió ninguna luz sobre ello, pues la parte de sus *Instituciones* donde, sin duda alguna, daba la noción de la *gens*, ha quedado por completo ilegible (3). Los únicos elementos para la solución son unos textos esparcidos en obras de historiadores y literatos de Roma, y en una definición de *gentiles* que cita Cicerón como un modelo, según Scoevola (4). Según esta definición, eran necesarias cuatro condiciones para ser gentiles: 1. Llevar el mismo nombre, *nomen gentilitium*; 2. Haber nacido ingenuos; 3. Que todos los antepasados sean ingenuos; 4. No haber sufrido nunca *capitis deminutio*.

Estas condiciones caracterizan la individualidad del *gentilis*, pero no sus relaciones con los otros *gentiles*, excepto en la primera, que es insuficiente para resolver esta dificultad. Por tanto, hay que limitarse a las conjeturas, siendo la siguiente la que nos parece objeto de menos objeciones: La *gens* no es más que la familia, en el sentido amplio, es decir, el conjunto de los agnados (5); pero esta cualidad no pertenece en origen más que a las familias nobles patricias. Los miembros de la *gens* cumplen las condiciones exigidas en la definición de Cicerón: son entre ellos agnados y *gentiles*.

La gentilidad no les concede en sus relaciones recíprocas ningún derecho más que la agnación. Pero es un título de nobleza que certifi-

(7) Cf. sobre esta reacción en provecho de los cognados los núms. 678, 681 a 688, 694. 81. (1) Cicerón, *Pro domo*, 13; *Quid? cur sacra Clodiae gentis intereunt quod in te est?*—*Ad De legib.*, II, 22.

(2) El nombre del ciudadano romano perteneciente a una *gens* generalmente se componía de tres partes: el *praenomen*, que es la designación individual; el *nomen gentilitium*, común a todos los miembros de la *gens*; el *cognomen* o apellido; por ejemplo, Marcus Tullius Cicero, de la *gens* Tullia. El *cognomen* tenía carácter hereditario; de manera que el *cognomen* de un jefe de familia ilustre se transmitía a sus descendientes, que entonces formaban una rama o familia distinta a las *gentes*. De esta manera, una *gens* comprendía varias familias en el sentido limitado. Todos los miembros de estas familias eran entre ellos agnados y gentiles. (Cfr. Suetonio, *Nerón*, I.—Festus, V.º *Gens Aelia*), pudiendo tener cuatro nombres: el apellido, el nombre gentilizado, el nombre de familia y el apellido individual. Ejemplo: Pablo Cornelius, Scipio, Africanus, de la *gens* Cornelia y de la familia de los Escipiones.—La mujer romana sólo llevó apellido en los primeros siglos, teniéndolo bajo el Imperio únicamente por alguna excepción.

(3) La nota de Gayo (III, § 17) se refiere, en realidad, al pasaje siguiente al § 164, I, que ha sido imposible descifrar en el manuscrito.

(4) Cicerón, *Tropic*, 6: *Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt. Non est satis. Qui ab ingenuis oriundi sunt. Ne id quidem satis est. Quorum majorum nemo servilitatem servivit. Abest etiam nunc, qui capite non sunt deminuti. Hoc, fortasse satis est.*—Festus da también una definición menos completa: *Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus et is qui simili nomine appellatur, ut ait Cincius: gentiles mihi sunt qui meo nomine appellatur.*

(5) La comunidad de origen entre los miembros de la *gens* está sobradamente probada por la etimología de la palabra *gens* (*generare*): por los textos que la emplean como sinónimo de *facilia*: Tito Livio, II, 48, 49 [4], y por la definición de Festus indicada anteriormente: *Gentilis dimurt et ex eodem genere ortus.*—*Ad Varron, De ling. lat.*, VIII, 4.

ca la antigüedad y la ingenuidad de la raza, formando el privilegio de las familias patricias. A medida que nos alejamos de los primeros tiempos de la fundación de Roma, iremos viendo también cómo al lado de las *gentes patricias* se encontraban las *gentes plebeyas*, bien sea que una familia plebeya de origen perpetuamente ingenuo haya obtenido por su riqueza o por su influencia el título de *gens*, o bien que algún ciudadano de origen plebeyo, después de haberse ilustrado en alta magistratura, fuese juzgado digno de ser el fundador de una *gens*.

Estando admitida esta idea de la gente, ¿en qué consistían los derechos de gentilidad? Hay que hacer intervenir en esto un elemento nuevo. Cuando un ciudadano de una *gens* liberta un esclavo, este libertado se hace jefe de una familia, cuyos miembros se enlazan a la *gens*, tomando el nombre y las *sacras*. Es, por relación a los miembros ingenuos de esta familia, por lo que los *gentiles* ejercen los derechos de gentilidad, es decir, de sucesión, de tutela y de curatela. Así que cuando muere un miembro de la familia cuyo jefe fuese un libertado de la *gens*, su sucesión legítima será conferida por la ley de las XII tablas, primero, a sus descendientes, herederos suyos, después a sus agnados colaterales, y por último, en defecto de agnados, a los *gentiles* (V. n.º 669) (6). Dejando el difunto hijos impúberos, su tutela, a falta de tutor testamentario y de agnados, la tenían los *gentiles* (V. n.º 106, 3). En fin; el púbero loco, no teniendo agnados, estaba colocado bajo la curatela de sus *gentiles* (V. n.º 522, nota 2).

No tenemos, por de pronto, ningún detalle sobre la manera de ejecutar esta atribución de la sucesión de la tutela y de la curatela.

Algunos autores completan esta teoría dando a los *gentiles* los mismos derechos en relación a los miembros de las familias clientes de la *gens*; pero la clientela es una institución sobre la cual hay aún mucha oscuridad para que se pueda ver en esta afirmación otra cosa que no sea una ingeniosa conjetura.

De esta exposición resulta que la sucesión de los *gentiles* se presentaba en la práctica con menos facilidad que la de los agnados, y mientras que ésta formaba el derecho común para todas las familias, la sucesión de los *gentiles* sólo se representaba en las relaciones de la *gente* con los descendientes ingenuos de uno de sus libertados (7).

Tal es el conjunto de este sistema, que no está al abrigo de toda crítica, pero que tiene el mérito, no sólo de no estar en oposición con ningún texto jurídico, sino también por explicar satisfactoriamente todos los pasajes de los historiadores y literatos que hablan de los *gentiles* (8).

(6) Gayo, III, § 17.—Este derecho de sucesión reservado a los *gentiles* explica por qué una mujer de familia oriunda de un libertado no tenía facultad para casarse fuera de la *gens*. Era que, sometida por regla general a la *manus* del marido, tenía que hacer salir sus bienes de la *gens* y la esperanza de una sucesión. Sin embargo, esta facultad, llamada *gentis enuptio*, en recompensa de un servicio prestado al Estado, le fué concedida a la liberta Hispana Fecenia. Cfr. Tito Livio, XXXIX, 19 [3 a 6].—Si la familia oriunda de un libertado de la *gens* libertaba a su vez algún esclavo, por relación a esta nueva familia formaba, no ya una *gens*, sino también una *estirpe*, y entonces, a la muerte de un ingenuo de esta familia derivada, podía crearse un verdadero conflicto entre los miembros de la *gens* y los de la *estirpe*; los primeros reclamando la sucesión por derecho de gentilidad, *gens*, y los otros por derecho de *estirpe*, *stirpe*. Así lo explica Cicerón en un pasaje: *De oratore*, I, 39.

(7) Pablo, S., IV, § 3: *Intestatorum hereditas lege XII tabularum primum suis heredibus, deinde agnatis et aliquando quoque gentilibus deferabatur*.

(8) Se han hecho también otras conjeturas sobre la *gens* y los *gentiles*. Las principales son: a) La *gens* hubiera sido una subdivisión de la curia primitiva, o *decuria*, y hubiera sido también compuesta de varias familias enlazadas por una ligadura puramente política. Cada curia hubiese comprendido diez *gentes*, o sea, en total, trescientos. A falta de herederos suyos, y de agnados en una familia, los derechos de sucesión pasaban a otras familias, que serían los *gentiles*.

Esta opinión cae en el defecto de tratar a la *gens* como una agregación artificial, contraria al sentido etimológico de la palabra y a los textos que hacen el sinónimo de familia. No explica suficientemente ni la existencia de *gentes* plebeyas ni los textos que hablan de

La gentilidad cayó en desuso en buena hora; a medida que las libertaciones se multiplicaban, las nuevas familias así creadas se hacían cada vez más numerosas, borrándose con el tiempo el recuerdo de su origen, mientras que las *gentes* primitivas se iban extinguiendo poco a poco y desaparecían, absorbidas en la masa de un populacho renovado continuamente. Así que, en la época de Cicerón, la aplicación del derecho de gentilidad fué ya cosa rara, y aun más en tiempos de Gayo (III, § 17 y Ulpiano, *Lex Dei*, XVI, 4, § 2, *in fine*).

Capítulo I.—De las personas “alieni juris”

82.—Ya hemos expuesto las reglas de la autoridad del señor y de la condición de los esclavos; sólo nos resta hablar de las personas sometidas a la autoridad paternal, a la *manus* y al *mancipium*.

SECCIÓN I.—DE LA POTESTAD PATERNAL

§ I.—Caracteres de la potestad paternal.

83.—La *potestad paternal* pertenece al jefe de familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil (1). No es, como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes; es de derecho civil y no puede ejercerse más que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano. El mismo Gayo afirma que en ningún otro pueblo, excepto los galatos, estaba organizada como en Roma (Gayo, I, § 55). Sin embargo, se encuentran los principales rasgos entre los hebreos, los persas, los galos y, en general, en los pueblos que han practicado el régimen patriarcal (2).

estirpes y de gentis enuptio; b) Los gentiles sólo serían agnados después de cierto grado; según unos, en el cuarto, y en el décimo según otros. Pero este límite es contrario a los textos que declaran que están agnados, y que obran como tal *etiam longissimo gradu* I, § 3, *de legit. adgn. suc.*, III, 2), o *in infinitum* (L. 2, § 1, D., *de suis et legiti.*, XXXVIII, 16); c) En una opinión cercana, la gentilidad sólo sería una agnación muy dilatada, cuya prueba ha sido imposible. En defecto de agnados que pudieran probar su parentesco civil con el difunto, y además su grado de parentesco, los derechos de sucesión pasarían a los *gentiles*, es decir, a las personas que no pudieran establecer su parentesco civil con el difunto más que por la similitud del *nomen gentilium*. Esta teoría, ya antigua, es la que cuenta con más partidarios, aunque, a nuestro juicio, da a la gentilidad un carácter bastante vago, no comprendiéndose, por otra parte, cómo desde la ley de las XII tablas que las sucedieron hayan sido los *gentiles* personas incapaces de demostrar su grado de parentesco con el difunto. Fué más tarde, a medida de alejarse de estos orígenes, cuando esta prueba llegó a ser difícilísima de establecer. Así que en este sistema hay que admitir los derechos de gentilidad, en provecho de los miembros de la *gente*, sobre los miembros de la familia oriunda de un libertado de la *gente*.

N. del T.—Si bien es cierto que la gentilidad cayó bien pronto en desuso y que en tiempo de Gayo era institución puramente histórica (Inst. III, 17, Gayo... *totum jus gentilitium in desue tudinem abiit*), no por eso hay que negar la gran importancia que tuvo, extendida no solamente al derecho público, sino también al privado.

88. (1) Para indicar los descendientes sometidos a la autoridad paternal, los romanos emplean las expresiones *filius familias* y *filius familias* (Cf. Ulpiano, L. 4, D., *de his qui sui...*, I, 6).

(2) Aristóteles, *Ethic. nicom.*, VIII, 10.—César, *De bel. gal.*, VI, 19.

N. del T.—El poder que los más antiguos romanos reconocían al cabeza de familia era, jurídicamente hablando, el más riguroso y severo de que nos habla la Historia. Según M. Guérard, en su notable y antigua obra *Essai sur l'histoire du droit privé des romains*, París,

El carácter principal de esta autoridad es que tiene menos por objeto la protección del hijo que el interés del jefe de la familia. De este principio derivan las consecuencias siguientes: a) No se modifican a medida de este desarrollo las facultades de los que están sometidos, ni por la edad ni por el matrimonio se les puede libertar; b) Sólo pertenece al jefe de familia, aunque no siempre es el padre quien la ejerce; mientras le esté sometido, su autoridad se borra delante de la del abuelo paterno; c) Y, por último, la madre no puede tener nunca la potestad paternal.

En sus efectos, esta potestad confería al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, y que ejercía, al mismo tiempo que sobre la persona, sobre los bienes de los hijos. Pero, a medida que se iba dulcificando la rudeza de las costumbres primitivas, se vió también extinguirse lentamente la energía de la potestad paternal. Veamos cómo se fué cumpliendo este progreso.

1. *Derechos sobre la persona.*—Durante los primeros siglos, la potestad paternal hizo del jefe de familia un verdadero magistrado doméstico, rindiendo decisiones sin número y pudiendo ejecutar sobre sus hijos las penas más rigurosas. Tiene sobre ellos poder de vida y de muerte, puede manciparlos a un tercero y abandonarlos.

a) El poder del jefe de familia para hacer dar muerte al hijo que estaba bajo su potestad lo tenemos bien comprobado en una infinidad de testimonios (3), aunque en tiempos de la República, al parecer, hacían uso de ello con más moderación, estando también obligados a contar con los parientes más próximos o bien con personas importantes, tales como los senadores. (Cf. Valero-Máximo, V. § 2 a 5 y 9, § 1. En cambio, bajo el Imperio, hubo en las familias, a causa del relajamiento de las costumbres, ciertos abusos de autoridad, en los cuales tuvo que intervenir el legislador. Por esta razón Adriano castigó con la expatriación a un padre que, tendiéndole un cepo, mató a su hijo, culpable de adulterio con su suegra (4). Hacia el fin del II siglo de nuestra era, los poderes del jefe de familia se redujeron a un sencillo derecho de corrección. En efecto, aunque podía castigar las faltas leves, tratándose de hechos de tal naturaleza que arrastrasen a la pena de muerte, no podía hacerlo por sí solo; tenía que hacer la acusación delante del magistrado, por ser el único con derecho a pronunciar la sentencia (5).

año 1841, en la mayor parte de las naciones, y puede decirse, según el derecho de gentes, el poder del padre sobre sus hijos no es más que un poder de protección, un derecho de tutela que termina cuando el hijo ha llegado a la edad de la razón, y lo mismo sucedía en Roma, antes de la ley de las XII tablas, en las familias patricias. Pero entre los plebeyos fué donde nació después esa patria potestad tan extraña por su energía y duración, esa constitución de la familia que por confesión de los romanos daba a su derecho un carácter enteramente excepcional, por haber imperado el principio monárquico en las relaciones familiares aun durante todo el período consular.—Gayo, I, 55, *Quod ius proprium civium romanorum est, jure enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habeant potestatem, qualem nos habemus*. La esencia de este poder del padre de familia se manifiesta, según se expresa en el texto, tanto en las relaciones personales como en las patrimoniales. Por lo demás, aunque en el § 2 de las *Institutiones* se lee que ningún pueblo tenía sobre sus hijos igual potestad que los romanos, Gayo cita a los galatas como teniendo una patria potestad semejante a la de aquéllos.

(3) Este poder está confirmado plenamente en el pasaje de Aulo Gelio, donde habla de la fórmula de la adrogación. *Nuits al., V. 19: Veltis iubeatis. Quirites, uti L. Valerius L. Tulo tam jure legeque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus notusque esset, utique et vlti nascisque in eum potestas siet, uti patri endo, filio est. Hae ita uti dicit, ita vos, Quirites rogo.*

(4) L. 5, D., *ad leg. Pomp. de par.*, XLVIII, 9. El jurisconsulto Marciano, citando esta decisión, añade esta hermosa máxima, donde se revela la inspiración de la filosofía estoica: *Nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere.*

(5) Esta reacción contra la autoridad absoluta del jefe de familia ya la señaló Ulpiano (L. 2, D., *ad leg. Cornel. de sic.* XLVIII, 8); fué también evocada por Alejandro Severo (L. 3, C., *de pal. pot.* VIII, 47) y por una Constitución de Valentiniano y Valente L. 1, C. *de emend. propinq.* IX, 15).

En fin, Constantino decidió que en todos los casos todo el que hubiese mandado matar a su hijo sería castigado como parricida (L. 1, C., *de his. qui parric.*, IX, 17).

b) El padre podía también *mancipar* al hijo que tenía bajo su autoridad, es decir, cederle a un tercero, a la manera de mancipación, de donde nacía en beneficio del adquirente la autoridad especial llamada *mancipium*. De esta manera se encontraba el hijo en una condición análoga a la del esclavo, aunque temporalmente, y sin dañar a su ingenuidad (V. n.º 100).

Por regla general el padre mancipaba al hijo en un momento de miseria, y en un precio efectivo, ejecutando una verdadera venta. A veces también le mancipaba a su acreedor, en señal de garantía.

Es indudable que el hijo no era un bien como el esclavo, pero sí un instrumento de adquisición, teniendo el valor que sus servicios pudieran prestar. El adquirente se comprometía a libertarle al cabo de un tiempo determinado; pero si rehusaba, el censor podía anular el *mancipium*, quedando el hijo bajo la autoridad paternal (Gayo, I, § 140).

El Derecho Romano luchó en buena hora contra esta práctica. La ley de las XII tablas decidió que el hijo mancipado por tres veces fuese libertado de la autoridad paternal, y la jurisprudencia, interpretando al pie de la letra el texto de la ley, admite que para las hijas y para los nietos una sola *mancipatio* produzca el mismo efecto (6).

En la época de Antonino Caracalla, la venta de los hijos se declaró ilícita (L. 1, C., *de liber caus.*, VII, 16). Sólo fué permitida al padre en un caso de mucha necesidad, para procurarse alimentos (Pablo, S., V. I, § 1). Diocleciano prohibió la enajenación de los hijos de cualquier manera que fuese, venta, donación o empeño (L. 1, C., *de patr., qui fil.*, IV, 43). Constantino renovó este hecho, permitiendo al padre, únicamente siendo indigente, y abrumado por la necesidad, vender al hijo recién nacido, con el derecho exclusivo de volver a tomarlo, abonándolo solo al comprador (L. 2, C., *eod.*).

c) Por último, el jefe de familia podía dejar a sus hijos, abandonándolos. Esta práctica parece ser que sólo se prohibió en el Bajo Imperio (L. 2, C., *de inf. expos.*, VIII, 52, año 347). Constantino decidió que el hijo abandonado estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiese, bien como hijo o como esclavo (L. 1, C. Th. *de expos.* V. 57), y Justiniano lo declara libre *sui juris* e ingenuo (L. 2, C., *de inf. exp.*, VIII, 52).

Tales fueron los alivios aportados en los derechos del jefe de familia hacia la persona de los niños. Por de pronto, los romanos pusieron tal precio a la libertad, que en ninguna época el padre, aun teniendo el derecho de vida y muerte, ha podido en Roma hacer de su hijo un esclavo (7).

2. *Derechos sobre los bienes.*—En la familia, y por razón del carácter absoluto de la autoridad paterna, el hijo, en cuanto a sus bienes, estuvo primitivamente en una situación comparable a la del esclavo.

Su personalidad se absorbe con la del jefe de familia, no haciendo más que uno con él, y no pudiendo, por tanto, tener bienes propios.

Todo lo que adquiere, propiedades, derechos de crédito, etc., pertenecen al jefe, para quien es, lo mismo que el esclavo, un instrumento

(6) Gayo, § I, 132: *...Filius tribus mancipationibus, ceteri vero liberi... una mancipatione exeunt de parentum potestate; lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tributis mancipationibus loquitur his verbis: Si pater filium ter venumdicit, a patre filius liber esto.*

(7) Constantino, L. 10, C., *de patr. pot.*, VIII, 47: *Libertati a maioribus tantum impensum est ut patribus quibus jus vitae in liberos natisque potestas olim erat permissa, libertatem eripere non liceret.*—En el derecho antiguo, el padre podía, sin embargo, en virtud de su autoridad, vender a sus hijos fuera de Roma y de la liga latina, *trans Tiberim*. Se hacían esclavos, sin derecho a *postliminium* (Cicerón, *De oratore*, I, 40).

de adquisición, aunque el Derecho civil no admite que le pueda hacer deudor.

Sin embargo, si en la familia sólo existe un patrimonio, cuyo jefe es el amo, los hijos en autoridad se les considera como teniendo sobre sus bienes, que han contribuido a aumentar, una especie de copropiedad, latente en vida del jefe, pero manifestándose a su muerte; entonces los recogen como bienes ya de su propiedad, a título de *heredes sui* (8).

Por otra parte, la regla por la cual los hijos de familia no pueden tener nada en propiedad se modificó bajo el Imperio. Ciertas adquisiciones les fueron otorgadas en toda propiedad, extendiéndose en lo sucesivo este favor, aunque en la época de Justiniano fué casi derogado.

Todo lo adquirido por el hijo de familia queda de su propiedad, salvo los bienes cuya utilidad le cede el padre, y que constituyen para él un peculio, *peculium profectitium*, análogo al del esclavo (V. n.º 260).

Y, por último, el pretor permitía a los terceros que hubiesen hecho un contrato con un hijo de familia, como también lo permitía a los que hubiesen contratado con los esclavos, de ejercer su acción contra el jefe, cuando hubiese autorizado al hijo para contratar (V. núms. 480 a 484).

83 bis.—Fuera de estas relaciones con el jefe, el hijo de familia está en una situación bastante superior a la del esclavo en cuanto a la personalidad propia que le reconoce el Derecho civil. En virtud de su capacidad personal, puede también figurar en los actos jurídicos, obligándose además civilmente tanto por sus contratos como por sus delitos (1). Puede estar en justicia (V. n.º 740, c). La autoridad paterna no surte ningún efecto sobre la condición social del hijo de familia, pues disfruta de los derechos políticos y puede ocupar los cargos públicos (2).

§ 3.—Fuentes de la potestad paterna.

84.—La fuente principal de la potestad paterna es el *matrimonio* o *justae nuptiae*. Los hijos nacidos forman parte de la familia civil del padre. Puede establecerse también por *adopción*, y bajo los emperadores cristianos, por la *legitimación*.

I.—De “*justae nuptiae*”.

(I., de *nuptiis*, I, 10).

85.—Se llama *justae nuptiae* o *justum matrimonium* al matrimonio legítimo, conforme a las reglas del Derecho civil de Roma.

En la sociedad primitiva romana, el interés político y el interés religioso hacían necesaria la continuación de cada familia o *gens* por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe. (V. n.º 92). De aquí, la importancia del matrimonio, cuyo fin principal era la procreación de los hijos. Y de aquí también la consideración que disfrutaba la esposa en la casa del marido y en la ciudad. Por el solo efecto del matri-

(8) Gayo, I, § 157. Paulo, I, 11.—De *de lib. et post.*, XXVIII, 2.—V. n.º 588, y nota 1. **83 bis.** (1) En cambio, la hija de familia ha quedado durante bastante tiempo privada de obligarse civilmente por contrato. V. n.º 281, 3 y notas 2 y 4.

(2) Pomponio, L. 9, D., de *his qui sut.*, I, 6:... *Filius familias in publicis causis loco patrisfamilias habetur veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur.*

monio, participaba en el rango social del marido de los honores de que estaba investido y de su culto privado, llegando a ser la unión entre los esposos aún más estrecha, si a las *justae nuptiae* acompañaba la *manus*, lo cual, en los primeros siglos, ocurría frecuentemente. V. número 98). La mujer entraba a formar parte de la familia civil del marido, que tenía autoridad sobre ella, como un padre sobre su hijo, y se hacía además propietaria de todos sus bienes. Estos caracteres de la asociación conyugal están trazados en la definición que da Modestino hacia el final de la época clásica: *es la unión del hombre y de la mujer, implicando igualdad de condición y comunidad de derechos divinos y humanos* (1). Sin embargo, bajo el Imperio, los lazos del matrimonio se relajaron bastante con las costumbres del tiempo. El culto privado perdió su importancia, y la *manus*, cada vez más en desuso, acabó por desaparecer. Por eso, la definición de las *justae nuptiae*, en las instituciones de Justiniano, ya no hace alusión a la *communicatio divini et humani* entre los esposos (2).

86.—1. *Condiciones de validez del matrimonio*.—Cuatro condiciones son necesarias para que el matrimonio sea válido: 1. La pubertad de los esposos; 2. Su consentimiento; 3. El consentimiento del jefe de familia; 4. El *connubium*.

1. *Pubertad*.—Es la edad en que las facultades físicas del hombre y de la mujer están suficientemente desarrolladas para permitirles realizar el principal objeto del matrimonio: tener hijos que perpetúen la familia. En el origen, la pubertad se fijó a los doce años para las hijas; en cuanto a los hijos, se les reconocía púberos en la edad en que el padre de familia encontraba en ellos, por el examen de su cuerpo, las señales de la pubertad (1).

Bajo el Imperio, los Proculeyanos, después de la advertencia de los estoicos, quisieron que los hombres fuesen declarados púberos a los catorce años; pero los Sabinianos prefirieron permanecer partidarios de las antiguas prácticas. Algunos jurisconsultos exigían a la vez que los catorce años un desarrollo físico suficiente. Este sistema mixto parece que fué el que prevaleció hasta Justiniano, que sancionó la opinión de los Proculeyanos (2).

2. *Consentimiento de los esposos*.—Las personas que se casan deben consentir libremente (3). Es probable que durante mucho tiempo la energía de la autoridad paterna permitiría al jefe de familia violentar

85. (1) L. 1, D., de *rit. nupt.*, XXIII, 2: *Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*.—Ad. L. 4, C., de *crim. expil. her.*, IX, 32, *Uxorem quae socia rei humanae atque divinae domus suscipitur*...

(2) L. § 1, de *patr. pot.*, 1, 9: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuum, consuetudinem vitae continens*.

86. (1) El adolescente hecho púbero se quitaba la ropa pretexta, adornada de una banda de púrpura, para ponerse la toga viril, completamente blanca; de donde proceden las expresiones *praeetextatus* para indicar el impúbero, y *vesticeps* para calificar al hombre púbero (Aulo Gelio, *Nuits at.*, V, 19). Este cambio de traje se hacía cada año, con ocasión de las fiestas de Baco, para todos los que habían sido declarados púberos, lo que tenía efecto casi siempre entre los catorce y diecisiete años cumplidos.

(2) Cf. Gayo, I, § 196.—Ulpiano, XI, § 28.—Servio, *ad Aeneid*, VII, 57.—I, pr., *quib. mod. tut.*, I, 22.—V., sin embargo, n.º 539, nota 3.

N. del T.—Son incapaces para contraer matrimonio los castrados (*castrati*) pero no los impotentes (*frigidi, spadones*) ni los viejos. Paulo, Fr. 39, § 1, de *jure dot.* XXIII, 3; Const. 10, de *repud.*, V, 17; Nov. 22, cap. VI; Const. 27, de *nupt.*, V, 4; Ulpiano, XVI, 4 y 5. La impotencia de los castrados es manifiesta, pero no ocurre lo mismo con todas las demás especies de impotencia, y de aquí que los romanos no la tuvieran en cuenta, especialmente atendida la libertad del divorcio. La impotencia era, pues, causa de disolución, pero no de nulidad de matrimonio.

(3) Los romanos admitían el uso de los desposorios, *sponsalia*, por los cuales los futuros esposos se comprometían el uno cerca del otro. Podían efectuarse desde la edad de siete años (Modestino, L. 14, D., de *sponsal.*, XXIII, 1). Pero cada parte quedaba en libertad de romperlo por culpa de daños o perjuicios que había de fijar el juez (Aulo Gelio, *Nuits at.*, IV). En el Bajo Imperio, los desposorios se acompañaban de las arras, perdiendo-

a sus hijos al matrimonio; pero también es cierto que bajo el Imperio ya no les pertenecía este derecho (4).

El demente que razonablemente no puede consentir mientras esté en estado de locura, puede, sin embargo, casarse en un intervalo lúcido (Paulo, L. 16, § 2, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2).

3. *Consentimiento del jefe de familia.*—Los que se casen siendo *sui juris* no tienen necesidad del consentimiento de nadie. Los hijos bajo autoridad deben tener el consentimiento del jefe de familia (Paulo, L. 2, D., *eod.*).

Esta condición no está fundada en el interés y la protección de los esposos, sino tan sólo en la autoridad paterna y los derechos de jefe de que está investido, cuyas consecuencias son las siguientes: a) Este consentimiento es necesario, sea cual fuere la edad del descendiente. b) El de la madre nunca se exige, por no tener autoridad; c) El jefe de familia debe consentir, aunque sólo sea abuelo del descendiente que vaya a casarse, y en igual caso, el consentimiento del padre también se exige para sus nietos, puesto que, a la muerte del abuelo, los hijos nacidos del matrimonio caen bajo la autoridad del padre, siendo un resultado al cual tienen que haber consentido (5). En cambio, para las hijas es de otra manera: éstas entran en la familia civil de su marido, no exigiéndolas el consentimiento del padre; es suficiente el del abuelo, que tiene la autoridad (Paulo, L. 16, § 1, D., *eod.*).

Estando loco el jefe de familia, cautivo, o bien rehusa su consentimiento sin legítimo motivo, el hijo en un principio no podía casarse, aunque, sin embargo, más tarde hubo algunas moderaciones sobre esta regla, admitiendo con bastante frecuencia el matrimonio de la hija, y acabando por hacer válido también el del hijo (6).

Durante el Bajo Imperio, y hacia el fin del siglo iv de nuestra era, una importante decisión, y más conforme con las ideas modernas, tiende a organizar de una manera completa, es cierto, una especie de protección para el hijo que se casara antes de haber llegado a la edad de la madurez. Dos Constituciones exigen para el matrimonio de la hija, o viuda menor de veinticinco años, aun *sui juris*, el consentimiento del padre o de la madre, o de sus parientes más próximos (L. 18, C., *de nupt.*, V, 4, año 371—L. 20, C., *eod.*).

4. *Connubium.*—Es la aptitud legal para contraer las *justae nuptiae* (7). Lo primero que se necesita para disfrutarla es ser ciudadano romano. Por tanto, en el Derecho antiguo estaban privados del *connubium* los esclavos, los latinos, salvo los *latini veteres* y los peregrinos, excepto concesiones especiales. (Ulpiano, V, §§ 4 y 5). Bajo Justiniano, y con motivo de la extensión del derecho de ciudadanía, los únicos que no tuvieron el *connubium* fueron los esclavos y los bárbaros. Pero puede ocurrir que alguna persona, teniendo en absoluto el derecho de casarse, no lo puede hacer válidamente con otra persona determinada, pues el Derecho Romano, en efecto, admite ciertas causas de incapacidad relativa, fundadas, unas por causa de *parentesco* y de *alianza*,

las después el que rehusara cumplir su promesa, o teniendo que pagar el doble de lo que en ellas había recibido (C., *de sponsal.* y *de arrh. spons.*, V, 1).

(4) Tarentio Clemente (bajo Antonino el Píadoso). L. 21, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2; *Non conicitur filiusfamilias uxorem ducere.*—Ad. Diocleciano, L. 12, C., *de nupt.*, V, 4.

(5) En efecto, un romano no puede tener ninguna persona bajo su autoridad, sin haberlo querido; por consiguiente, un heredero *suyo* tampoco. Esta regla está formulada en las Instituciones de Justiniano, a propósito de una aplicación al § 7, *de adopt.*, 1, 11: *...Filius consentire debet, ne ei invito suus heres agnascatur.*

(6) Trifoninio, L. 12, § 3, D., *de captiv.*, XLIX, 15.—I, pr. *de nupt.*, I, 10.—La tendencia a validar el matrimonio, hecha en estos distintos casos sin el consentimiento del jefe de familia, se manifiesta, ante todo, desde las leyes *Julia* y *Papia Poppoea*. Marciano, L. 19, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2.

(7) Ulpiano, V, § 3: *Connubium est uxoris jure ducendae facultas.*

otras sobre motivos de moral o de conveniencia, y otras, en fin, por razones de orden político. He aquí las más principales:

a) *Parentesco*.—No se puede distinguir aquí entre la *agnación* y la *cognación*. En *línea directa*, es decir, entre parientes descendiendo unos de otros, el matrimonio está prohibido hasta lo infinito (I., párrafo 1, *ht.*). Semejantes uniones están reprobadas por todas las legislaciones, pues violan descaradamente la moral y el respeto debidos a los ascendientes; tanto, que aun después de la ruptura de alguna adopción, el adoptante no puede casarse con la que fué su hija adoptiva.

En *línea colateral*, es decir, entre parientes descendiendo de un mismo autor común, el matrimonio está prohibido únicamente entre hermano y hermana, y entre personas de las cuales alguna sea hermano o hermana de un ascendiente del otro; por ejemplo, entre tío y sobrina, tía y sobrino, pues los tíos y las tías tienen en algo la situación de padres y madres (8). Los primos hermanos pueden casarse, y estas uniones, desconocidas en un principio, se hicieron después bastante frecuentes, al decir de Tácito (An. XII, 6, *in fine*). Más tarde fueron prohibidas por Teodosio el Grande, siendo finalmente levantada esta prohibición por Arcadio y Honorio (9).

b) *Afinidad*.—Se llama así al lazo que une cada esposo a los parientes del otro esposo. Entre afines, está prohibido hasta lo infinito el matrimonio en *línea directa*; en cambio, en *línea colateral*, y desde Constantino, sólo hubo prohibición entre cuñado y cuñada, manteniendo Justiniano esta disposición (10). Las prohibiciones entre afines no tienen interés alguno hasta después de la disolución del matrimonio que produce la afinidad (11).

c) *Otros impedimentos*.—Desde el origen de Roma, el matrimonio estaba prohibido entre patricios y plebeyos; pero la ley de las XII tablas sancionó esta interdicción, que fué alzada por la ley *Canuleia* en el año 308. Bastante tiempo después estuvo también prohibido el matrimonio entre ingenuos y manumitidos. Bajo Augusto, las leyes *Julia* y *Papia Popoea* permitieron en un principio estas uniones. (L. 23, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2), aunque prohibieron el matrimonio entre los senadores y sus hijos, por una parte, y por otra parte, los libertos y las personas que ejercían alguna profesión deshonorosa (L. 44 pr. D., *eod.*) (12).

Citémos aún la disposición hecha para los funcionarios de una provincia y para sus hijos de poder casarse con una mujer domiciliada en la provincia (L. 38, pr., D., *eod.*); al tutor y a su hijo, para poder hacerlo con su antigua pupila, y al curador y a su hijo, con la mujer menor de veinticinco años sobre la cual tiene la curatela (L. 36, D., *eod.*). Acaso se tema que los funcionarios abusen de su autoridad, con objeto de contraer un rico matrimonio, y ciertamente que los tutores y curadores sólo buscan en estas uniones la manera de escapar a la obligación de rendir cuentas de tutela y de curatela (L. 64, § 1, D., *eod.*).

(8) I., § 5, *de nupt.*, 1, 10: ...*Quia parentum loco habentur*.—Sin embargo, en el año 49 de nuestra era un senadoconsulto, destinado a permitir el matrimonio entre Claudio y Agripina, autorizó la unión de la sobrina con el tío paterno. (Gayo, I, § 62). Pero esta disposición fué revocada por los emperadores Constancio y Constantino (L. 1 C. Th., *de inc. nup.*, III, 12).—Cf. art. 163, C. C. y ley del 16 abril 1832.

(9) Aurelio Víctor, *De vit. et mor. imper.*, *in fine*.—Arcadio y Honorio, L. 19, C., *de nupt.*, V, 4.—I., § 4, *de nupt.*, 1, 10.

(10) L. 2, C. Th., *de incest. nupt.*, III, 12.—L. 5, C., *de incest.*, V, 5.—I., §§ 6 a 8, *de nupt.*, I, 10.—Cf. art. 164, C. C. y ley del 16 abril 1832.

(11) La bigamia, en efecto, estaba prohibida por los romanos, bajo pena de infamia. (L. 2, C., *de incest.*, V, 5).—Bajo Justiniano fué castigada hasta de muerte, según testimonio de Teófilo (§§ 6 y 7, *de nupt.*).

(12) Justiniano, que se había casado con la comedianta Teodora, suprimió todas estas prohibiciones por la *Novela* 117, c. 6.

87.—Tales eran las condiciones necesarias para que *las justae nuptiae* fuesen válidas. El Derecho civil no exigía ni solemnidades de forma ni ceremonias religiosas (1).

¿Quiere esto decir que el matrimonio sea en Derecho Romano un contrato puramente consensual, y que sea perfecto por el mero hecho del consentimiento de las partes, suponiendo desde luego que satisfagan las condiciones requeridas? Esto se ha pretendido, pero los textos rechazan esta solución. Sin duda, no era necesario que hubiese habido cohabitación efectiva de los esposos, pues, como decían nuestros antiguos autores, *matrimonium consummatum* (2). Pero es necesario que la mujer esté a disposición del marido, y que esté instalada como *uxor* en su casa, y es por lo que se hace imposible el matrimonio con una mujer ausente, mientras que el hombre puede casarse aunque esté alejado de su domicilio, si la mujer está presente (3). El modo empleado con más frecuencia para poner a la mujer a disposición de su marido era la *deductio in domum mariti*, pero no tenía nada de esencial (Scaevola, L. 66, D., *de don in vir*, XXIV, 1). El matrimonio así contraído, sin verdadera celebración delante de un oficial público, carecía de prueba legal. Es verdad que a veces se redactaba una acta escrita, *tabulae nuptiales*, y que el testimonio de vecinos y otras personas en conocimiento del matrimonio podían aportar también un medio de prueba (L. 9, C., *de nupt.*, V, 4), y a veces también se presumía lo siguiente: la cohabitación entre personas honradas, y de condición igual, hacía presumir el matrimonio (Modestino, L. 24, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2—C., *de nupt.*, V, 4).

88.—II. *Efectos del matrimonio.*—Con respecto a los esposos.—Tienen el título de *vir* y de *uxor*, participando la mujer, según ya hemos visto, de la condición social del marido. Sin embargo, las cualidades de plebeya y de manumitida no se borran por el matrimonio con un patricio o con un ingenuo, aun cuando estas uniones hayan sido permitidas. Además, el matrimonio no hace entrar a la mujer en la familia civil del marido; este efecto sólo es producido por la *manus* (1).

Los esposos se deben *fidelidad*, aunque el adulterio de la mujer está castigado con más severidad que el del marido, por poder introducir en la familia hijos de sangre extraña. Constantino lo castigó de muerte (L. 30, § 1, C., *ad. leg. Jul. de adul.*, XI, 9). Este rigor se suavizó en el derecho de Justiniano (Nov. 134, c. 10). En cuanto a los bienes de los esposos, el matrimonio en los primeros siglos estuvo casi siempre acompañado de la *manus*. Este poder coloca a la mujer en la misma condición que una hija de familia en relación con el marido: que se hace entonces propietario de todos sus bienes, aunque, en caso de matrimonio sin *manus*, cada esposo conserva su propio patrimonio; además, es justo que la mujer contribuyera a las cargas de la familia, que pesaban sobre el marido; de aquí la costumbre de una *dote* constituida al marido por la mujer o algún tercero (V. núms. 432 a 435).

Esta práctica se generalizó cuando la *manus* cayó en desuso. El régimen de la *manus* y la constitución de la dote que forma el *régimen dotal* no era posible más que en las *justae nuptiae*.

2. *Con respecto a los hijos.*—Los hijos nacidos *ex justis nuptiis* son hijos legítimos, *liberi justii*. Están bajo la autoridad de su padre

87. (1) Bajo Justiniano, estos principios fueron aún verdaderos. León el Filósofo fué el primero que exigió en el Imperio de Oriente la bendición nupcial, como condición para validez del matrimonio civil.—Cf. León Nov., 89: *Ne matrimonia citra sacram benedictionem confirmantur*.

(2) Ulpiano, L. 30, D., *de req. jur.*, L. 17; *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*.

(3) Paulo, S. II, 19, § 8: *Vir absens uxorem ducere potest; femina absens nubere non potest*.—Ad. Pomponio, L. 5, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2.

88. (1) V. sobre el *manus* y su aplicación los núms. 98 y 99.

o del abuelo paterno, siendo el padre *alieni juris*. Forman parte de la familia civil del padre, a título de *agnados*, y toman también su nombre y condición social (2). En cambio, entre los hijos y la madre sólo existe un lazo de parentesco natural, de *cognación*, en el primer grado. Sólo la *manus* podía modificar esta relación, siendo entonces los hijos *agnados* de su madre en el segundo grado, *in manu*, y entonces es para ellos *loco sororis* (Gayo, III, § 14).

La filiación legítima en relación a la madre es un hecho fácil de establecer. Respecto del padre, la paternidad era incierta, y se recurría a lo siguiente: presumiendo que el marido de la madre sea el padre (3). Esta presunción no es impuesta de manera absoluta, y cesa cuando el hijo no ha sido concebido durante el matrimonio o si, por ausencia o enfermedad del marido, ha sido imposible toda cohabitación con la mujer durante el período de la concepción (L. 6, D., *de his qui sui...*, I, 6). Para facilitar la solución de estas cuestiones, el Derecho Romano fijó en trescientos días la duración más larga del embarazo, y la más corta en ciento ochenta días; de suerte que el hijo será *justus* si nace el ciento ochenta y un días, lo más pronto, después, y comprendido el del matrimonio, o el trescientos y un días, a más tardar, después, y comprendido el de la disolución de las *justae nuptiae* (4).

Capitolino y Apuleio cuentan que desde Marco Aurelio la filiación se hacía constatar en los registros públicos. El padre tenía que declarar el nacimiento de sus hijos en un término de treinta días, en Roma al *praefectus aerarii*, y en provincias a los *tabularii publici* (5).

89.—Cuando falta una de las condiciones indicadas anteriormente para la validez del matrimonio, éste será nulo, no produciendo, por consiguiente, ningún efecto (1). Entonces no existirá ni *vir* ni *uxor*, pudiendo recaer sobre los esposos las penas más severas en caso de *incesto*, es decir, de matrimonio entre parientes en grado prohibido (Paulo, L. 68, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2). En cuanto a los hijos, nacen *sui juris*, y son tratados como hijos nacidos de un caso accidental entre hombre y mujer. No tienen un padre cierto, y se les llama *spurii* o *vulgo concepti* (2); en cambio, están unidos a la madre y a los parientes maternos por la *cognación*.

Se comprendía que la buena fe de los esposos, o por lo menos uno de ellos, haría excusable la falta cometida contrayendo un matrimonio nulo. Pero el Derecho Romano no ha admitido sobre este particular ninguna teoría general (3). Únicamente se encuentran ciertas hipótesis donde se toma en consideración la buena fe para atenuar las consecuencias de la nulidad del matrimonio, primero en el caso de la *erroris causae probatio* (n.º 94); y además, bajo el Imperio, se acordaban algunas veces, a título de favor, los efectos de las *justae nuptiae* a los esposos cuyo matrimonio era nulo, siendo ellos de buena fe; por eso Marco

(2) Gayo, I, § 55: *In po estate nostra sunt liberi nostri quos justis nuptiis procreavimus*. L. 196, § 1, D., *de verb. sign.*, L. 16: *Feminarum liberos in familia earum non esse palam est, quia, qui nascuntur patris familiam sequuntur*.—Ad, I, pr., y § 3 de patr., pot., I, 9.

(3) Paulo, L. 5, D., *de in jus voc.* II, 4: *Quia semper certa est (mater) etiamsi vulgo conceperit: pater vero is est quem nuptiae demonstrant*.—Cf. art. 312, C. C.

(4) Cf. Ulpiano, L. 12, D., *de stat. hom.* 1, 5.—Paulo, D., 8, §§ 11 y 12, D., *de suis y leg.*, XXXVIII, 16.—Los mismos límites legales se han fijado en nuestra ley actual. Cf. arts. 312 a 315, C. C.

(5) Capitolino, Marco Aurelio, 9.—Apuleio, Apología, 89.—Es posible que este uso sea más antiguo. Cf. Suetonio, Tiberio, 5.

89. (1) La ausencia de alguna condición requerida para el matrimonio se llama en nuestro Derecho *impedimento*. Sobre este punto, el Derecho Romano sólo reconoce los *impedimentos dirimentes*, es decir, arrastrando la nulidad del matrimonio.

(2) Gayo, I, § 64: *...Hí patrem habere non intelliguntur, cum is etiam incertus sit: unde solent spurii filii appellari, vel a graeca voce quasi concepti vel quasi sine patre filii*.

(3) Los romanos no conocieron la teoría del matrimonio putativo, que nuestras leyes señalaron en el Derecho canónico. Cf. arts. 201 y 202, C. C.

Aurelio dió una decisión de este género para los matrimonios entre tío y sobrina de donde hubiesen nacido hijos y durado cuarenta años. (L. 57, § 1, D., de *rit. nupt.*, XXIII, 2).

90.—III. *Disolución del matrimonio*.—El jefe de familia tuvo, durante largo tiempo, el derecho de romper por su única voluntad el matrimonio del hijo sometido a su autoridad (1). Antonino el Píadoso y Marco Aurelio hicieron cesar este abuso de autoridad (2). Las demás causas de disolución del matrimonio son las siguientes (L. 1, D., de *divort.*, XXIV, 2):

1. La *muerle* de uno de los esposos.—El marido podía volver a casarse inmediatamente; pero, en cambio, la viuda debía guardar el luto durante diez meses, y no volver a casarse antes de la expiración de esta fecha, a fin de evitar confusión de parto, es decir, la incertidumbre, en cuanto a la paternidad, del hijo que pudiera nacer durante este período (3). La violación de esta prescripción arrastraba la infamia para el segundo marido, para los ascendientes que teniendo autoridad sobre los esposos habían consentido el matrimonio y, finalmente, para la misma mujer (L. 1, D., de *his qui not.*, III, 2.—L. 1, C., de *sec. nupt.* V. 9, año 380).

2. La pérdida del *connubium*, resultando de la reducción en esclavitud (4).—Si alguno de los esposos ha sido hecho prisionero por el enemigo se disuelve el matrimonio, no siendo retroactivamente restablecido por la vuelta del cautivo, pues el *postliminium* no podía borrar un hecho tal como la separación material de los esposos (L. 8 y L. 14, § 1, D., de *captiv.*, XLIX, 15). Pero si han estado juntos siendo prisioneros, no habiendo cesado entre ellos la cohabitación durante su cautividad, y volviendo después a un mismo tiempo, entonces no ha habido interrupción de hecho, y la esclavitud será borrada *jure postliminii*; el matrimonio queda reputado de no haberse disuelto en ningún caso, y, por tanto, se consideran legítimos los hijos nacidos durante la cautividad (L. 25, D., *eod.*).

3. *El divorcio*.—Aunque al parecer, el divorcio fué admitido legalmente desde el origen de Roma (5), sin embargo, los antiguos romanos no disfrutaban de esta libertad, que, sin duda alguna, no coordinaba con la severidad de las costumbres primitivas.

Además, la mujer, sometida casi siempre a la *manus* del marido, era como una hija bajo la autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación la facultad de divorciar en estas uniones, que sólo el marido podía ejecutar y siendo por causas graves (6). Fué solamente

90. (1) Cicerón, según Pacuvio, Rhetor., II, 24.

(2) Paulo, S., V. 6, § 15: *Bene concordans matrimonium separari a patre Divus Pius prohibuit.*—II, 19, § 2: *...Sed contracta non solvantur.*—Ad. Ulpiano, L. 1, § 5, D., de *liber. exib.*, XLIII, 30.

(3) Ulpiano, L. 11, § 1, D., de *his qui not.*, III, 2.—Cf. sobre esta prolongación de diez meses: Fr. Vat., § 321. Es el tiempo máximo legal del embarazo. En el Bajo Imperio fué aumentado, llevándolo hasta doce meses, por razón de conveniencias. (L. 2, C., de *secund. nup.*, V, 9, año 381).—Nuestro Código lo establece en el décimo mes de viudedad (art. 228, C. C.).

(4) La pérdida del derecho de ciudadanía, que hace perder también el *connubium*, obligaba también la disolución del matrimonio, hecho al parecer sancionado por Paulo, L. 56, D., *solut. matr.*, XXIV, 3, aunque se admite en numerosos textos la continuación del matrimonio, si consiente el otro esposo. La explicación más natural es que el matrimonio *sine connubio* (V. n.º 91, II) reemplaza entonces las *justae nuptiae*. Y entonces el padre ya no tiene la autoridad paterna sobre los hijos (Gayo, I, § 128).—Cf. Ulpiano, L. 5, § 1, D., de *bon damnat.*, XLVIII, 20.—Alejandro-Severo, L. 1, C., de *repud.*, V. 17.—Nov. 25, c. 13.

(5) Según Cicerón, el divorcio estaba permitido por la ley de las XII tablas (Philipp., II, 8), notándose con el apoyo de esta aserción que la L. 43, D., *ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5, hablando del divorcio, está tomada de un tratado de Gayo sobre la ley de las XII tablas.

(6) Plauto, Mercator, act. IV, sc. 5, v. 3 y sig.

en los matrimonios sin *manus* (por cierto, muy raros) donde en esta materia tenían los dos esposos los derechos iguales; así que, en efecto, en los primeros siglos apenas hubo divorcios. Pero, hacia el fin de la República (7), y sobre todo bajo el Imperio, habiéndose relajado extraordinariamente las costumbres, y siendo más rara la *manus*, podía la mujer con mayor frecuencia provocar el divorcio, hasta el extremo que antiguamente los historiadores y los poetas se pusieron de acuerdo para criticar la facilidad con que se rompían los matrimonios (8).

Así generalizado, el divorcio podía efectuarse de dos maneras: a) *Bona gratia*, es decir, por la mutua voluntad de los esposos, no siendo requerida de esta manera ninguna formalidad, pues el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido; b) Por *repudiación*, es decir, por la voluntad de uno de los esposos, aunque sea sin causa. La mujer tiene este derecho lo mismo que el marido, excepto la mujer manumitada y casada con su patrono (L. 11, pr., D., de *divort.*, XXIV, 2). Bajo Augusto, y para facilitar la prueba de la repudiación, la ley *Julia de adulteriis* exige que el que intente divorciarse notifique al otro esposo su voluntad en presencia de siete testigos, oralmente o por una acta escrita, que le era entregada por un manumitido (Paulo, L. 9, D., *eod.*).

Los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio, que estaba ya profundamente arraigado en las costumbres, pero sí buscaban el hacerlo más difícil, obligando a precisar las causas legítimas de repudiación (9).

Por otra parte, se publicaron en numerosas Constituciones, para casos de divorcio, infinidad de penas más o menos graves contra el esposo culpable, o contra el autor de alguna repudiación sin causa legítima (10).

APÉNDICE

Otras uniones ilícitas.

91.—I. *Del concubinatus*.—Los romanos dan el nombre de *concubinatus* a una unión de orden inferior más duradera, y que se distinguía así de las relaciones pasajeras consideradas como ilícitas.

Esta especie de matrimonio, completamente extraño a nuestras costumbres actuales, aunque frecuente en Roma, parece haber nacido de la desigualdad de las condiciones. Un ciudadano tomaba para concubina a una mujer poco honrada, indigna, por tanto, de hacerla su esposa; tal como una manumitada o una ingenua de baja extracción (Marciano, L. 3, pr. D., de *concub.*, XXV, 7). Hasta el fin de la República, el Derecho no se ocupó de estas simples uniones de hecho, pues fué bajo Augusto cuando el concubinatus recibió su nombre. La ley *Julia de adulteriis* calificaba de *stuprum* y castigaba todo comercio con toda

(7) Los historiadores antiguos citan como primer ejemplo de divorcio el de Sp. Carvilio Ruga, que repudió a su mujer, por causa de esterilidad, a principios del siglo vi. (Aulo Gelio, *Noct. at.*, IV, 3.—Valero Máximo, II, 1, § 4). Este fué, sin duda, el más célebre, aunque no el primero (Cf. Valero Máximo, II, 9, § 2).—Cundió el ejemplo (Plutarco, *Quaest. rom.*, 11).

(8) Cf. Séneca, *De benef.*, III, 16.—Juvenal, *Sat.*, VI, v. 144 y sig. V, v. 224 y sig.

(9) Cf. Constantino, L. 1, C. Th., de *repud.*, III, 16, año 331.—Teodosio y Valentiano, L. 8, C. de *repud.*, V, 17.—Nov. 117, c. 8 y 9.

(10) Cf. Honorio, Teodosio II y Constancio, L., 2, C. Th., de *repud.*, III, 16, año 421. Nov. 117, c. 13.

joven o viuda, fuera de las *justae nuptiae*, haciendo una excepción en favor de la unión duradera llamada *concubinato*, que recibió de esta manera una especie de sanción legal (1). Desde entonces le fueron impuestas ciertas condiciones para precisar los límites por los cuales ya únicamente existía un comercio ilícito. Por eso el concubinato sólo estaba permitido entre personas púberas, y no parientes en el grado prohibido para el matrimonio (Ulpiano, L. 1, § 4, D., de *concub.* XXV, 7.—L. 56, D., de *rit. nupt.*, XXIII, 2). No se puede tener más de una concubina, y únicamente no habiendo mujer legítima (Paulo, S., II, 20) (2). Estas son las condiciones de que nos hablan los textos. El consentimiento del jefe de familia no era exigido, escapándose el concubinato a las demás prohibiciones publicadas para las *justae nuptiae*; por ejemplo: un gobernador que no se pudiese casar con una mujer de su provincia, podía tomar una concubina (Paulo, L. 5, D., de *concub.*, XXV, 7).

En un principio, el concubinato no producía ninguno de los efectos civiles unidos a las *justae nuptiae*. Por eso la mujer no era elevada a la condición social del marido, pues aunque algún ciudadano hubiese tomado para concubina una mujer de su mismo rango, lo cual era muy raro, no era nunca tratada como *uxor* en la casa y en la familia; de donde venía el nombre de *inaequale conjugium* aplicado a esta unión (L. 3, C., de *nat. liber.*, V, 27).

En cuanto a los hijos nacidos del concubinato, son cognados de la madre y de los parientes maternos, pero no están sometidos a la autoridad del padre, y nacen *sui juris*. Por tanto, un ciudadano puede elegir dos clases de uniones, cuyas consecuencias son distintas. Si quiere desarrollar su familia civil, contrae las *justae nuptiae*, que le darán hijos bajo su autoridad (3); ahora, si quiere dejar fuera de su familia los hijos que le nacieran de la mujer a la cual se unió, entonces toma una concubina. Pero si estos hijos, no siendo agnados del padre, tienen con él al menos un parentesco natural, legalmente cierto, ¿se distinguen por esto de los *spurii* ó *vulgo concepti*? En la época clásica, ningún texto pudo afirmarlo (4). Fué únicamente en el Bajo Imperio, y desde Constantino, cuando parece haber sido reconocido un lazo natural entre el padre y los hijos nacidos del concubinato, designándoles con la nueva apelación de *liberi naturales* (5). El padre puede legitimarlos (V. n.º 94), y Justiniano terminó dando como efectos a esta filiación natural la

91. (1) Marciano, L. 3, § 1, D., de *concub.*, XXV, 7: ... *Nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit extra legis poenam est.*—Cf. Paulo, L. 144, D., de *verb. sign.*, L. 16.

(2) Esta reglamentación no se aviene con una opinión admitida hoy por varios autores, según la cual, en el concubinato no hubiese existido, como se pensaba antes, y como persistimos en creerlo, una unión legalmente reconocida, pero sí un sencillo comercio irregular, fuera de las leyes, tal como está el concubinato en nuestra sociedad. Hoy, toda unión libre fuera de matrimonio está calificada de desorden, aunque en Roma, el concubinato era una institución regular, no arrastrando ninguna deshonra, ni para los que la practicaban ni para los hijos oriundos.

(3) De ahí viene la expresión: *Ducere uxorem liberorum quaerendorum causa.*—Cf. Aulo Gelio, *Noctes at.*, IV, 3.

(4) Algunos autores admiten que en el Derecho clásico los hijos nacidos del concubinato tienen un padre verdadero, derivándose de este principio la obligación de alimentos; además, tenían para el padre las ventajas que las leyes caducas; unen solamente a la paternidad legítima, y para el hijo el derecho, como cognado, a la sucesión del padre. Esta solución es contraria a la presunción *is pater est quem nuptiae demonstrant*, y ningún texto de los jurisconsultos clásicos puede prestarle un apoyo serio.

(5) L. 7, C. Th., de *natur. fil.*, IV, 6.—En la época clásica se entienden por *liberi naturales* los hijos nacidos del *conubium*: Scaevola, L. 88, § 12, D., de *legat.*, 2.º XXXI ... *naturales liberos id est in servitute susceptos.*—Ulpiano, L. 17, § 4, D., ad. S. C. Trebel, XXXVI, 1, o bien los hijos nacidos del matrimonio, por oposición a los *liberi adoptivi*; Gayo, III, § 41.—Fr. Vat., § 196.—Ulpiano, XXIX, §§ 1 y 5.

obligación de alimentos y ciertos derechos de sucesión. (L. 8 y 12, C., de nat. liber., V. 27.—Nov. 18, c. 12.—Nov. 89, c. 12).

Los emperadores cristianos buscaron la manera de hacer desaparecer el concubinato. Constantino creyó acertar ofreciendo a las personas viviendo entonces en concubinato, y teniendo hijos naturales, legitimarlos, siempre que transformasen su unión en *justae nuptiae*, siendo también acordado por Zenón este mismo favor sin ningún reparo. Anastasio fué todavía más lejos, pues decidió que, tanto en lo presente como en lo futuro, todos los que tuviesen hijos nacidos del concubinato podían legitimarlos contrayendo las *justae nuptiae* (L. 6, C., eod.). Esta disposición fué conservada por Justiniano; es la *legitimación por matrimonio subsiguiente* (L. 10 y L. 11, C., eod.) (V. n.º 95, 1). Sin embargo, el concubinato subsistió, como institución legal y tolerada por la Iglesia (6). Fué prohibido en Oriente, la primera vez, por León el Filósofo (León, Nov. 91).

II. *Del matrimonio "sine connubio"*.—Es el matrimonio entre dos personas que no tienen, o una de ellas no tiene, el *connubium*, por ejemplo, entre un ciudadano romano y una peregrina o una latina, o entre dos peregrinos. Esta unión no tenía nada de ilícita y constituía un matrimonio válido, aunque sin producir los efectos de las *justae nuptiae* (7).

Entonces los hijos serán cognados de la madre y de los parientes maternos, aunque nacen *sui juris*, y casi siempre peregrinos a causa de la ley *Minicia* (V. n.º 70, Ib). El marido puede perseguir el adulterio de la mujer (L. 13, § 1, D., *ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5), y este matrimonio se puede transformar en *justae nuptiae*, por la *causae probatio*, y por el *erroris causae probatio*: entonces adquiere el padre la autoridad sobre los hijos ya nacidos. (V. núms. 75, 1, 2, c. y 94, c).

Este matrimonio se hizo más raro con la extensión del derecho de ciudadanía (8). Bajo Justiniano, y cuando fueron suprimidos los latinos junianos, sólo fué susceptible de aplicación para los condenados a una pena que llevara consigo la pérdida de los derechos de ciudadano (Véase número 90, nota 4).

III. *Del contubernio*.—Se llama así a la unión entre esclavos o entre una persona libre y un esclavo. Es un simple hecho destituido de todo efecto civil. El hijo sigue la condición de la madre, y durante largo tiempo el Derecho no reconoció entre esclavos parentesco, ni aun natural, aunque al principio del Imperio se admitió una especie de *cognatio servilis* entre el padre, la madre y los hijos, por una parte, y por otra parte, entre los hermanos y hermanas (9). Esta *cognatio* tenía por objeto impedir entre estas personas, hechas libres por manumisión, matrimonios que hubiesen sido muy contrarios al derecho natural y a la moral (10).

(6) El Concilio de Toledo del año 400 de nuestra era autoriza el concubinato (Can. IV, dist. 34) y en el siglo VII Isidoro de Sevilla expresa la misma opinión.

(7) Un matrimonio entre peregrinos podía producir admirablemente los efectos civiles, según el derecho de su ciudadanía, pero sólo lo miramos desde el punto de vista del Derecho Romano.

(8) Por eso, sólo se habla de ello en un pequeño número de textos.—Cf. Gayo, I, §§ 29, 66 y sigs.—Papiniano (Lex Dei, IV, 5) hace alusión: *Civis Romanus qui sine connubio civem peregrinam, in matrimonio habuit*...—Ulpiano (L. 13, § 1, D., *ad leg. Jul. de adult.*, XLVIII, 5) califica la mujer de *uxor injusta*.—Callistrato (L. 37, § 2, D., *ad municip. L. 1*) llama a esta unión *matrimonium non legitimum*.

(9) Es la opinión de Labeón contada por Ulpiano: L. 4, § 3, D., *de in jus voc.*, II, 4.

(10) Pomponio, L. 8, D., *de rit. nupt.*, XXIII, 2: *Libertus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest: quia hoc jus moribus non legibus inductum est*.—Ad. Paulo, L. 14, §§ 2 y 3, D., eod.—L. § 10, *de nupt.*, 1, 10.

II. De la adopción.

(I., de *adoptionibus*, 1, 11.)

92.—La *adopción* es una institución de derecho civil, cuyo efecto es establecer entre dos personas relaciones análogas a las que crean las *justae nuptiae* entre el hijo y el jefe de familia (1).

De esta manera hace caer bajo la autoridad paterna e introduce en la familia civil a personas que no tienen, por lo regular, ningún lazo de parentesco natural con el jefe (2).

La adopción sólo tiene importancia en una sociedad aristocrática, donde la voluntad del jefe influye sobre la composición de la familia, tal como la sociedad romana. Contribuye al medio de asegurar la perpetuidad de las familias en una época donde cada una tenía su papel político en el Estado, y donde la extinción del culto doméstico aportaba una especie de deshonra. (Cicerón, *Pro domo*, 13).

No pudiendo continuar más que por los hijos varones nacidos ex *justis nuptiis*, la familia civil estaba expuesta a extinguirse a toda prisa, sea por la esterilidad de las uniones, o bien por la descendencia femenina, y entonces la adopción se imponía como una necesidad. Más tarde se modificó este carácter con la constitución primitiva de la familia, y bajo Justiniano la adopción perdió la mayor parte de su utilidad.

93.—Hay dos clases de adopciones: 1. La adopción de una persona *sui juris*, que es la *adrogación*; 2. La adopción de una persona *alieni juris*, que es la adopción propiamente dicha. (L. 1, § 1, D., de *adopt.*, 1, 7).

1. *De la adrogación.*—Es probable que la adrogación sea el género de adopción más antiguo. Sus formas y caracteres primitivos permiten considerarla como contemporánea del mismo origen de Roma.

1. *Formas.*—La adrogación sólo podía tener lugar después de una información hecha por los pontífices, y en virtud de una decisión de los comicios por curias, *populi auctoritate* (Gayo, I, § 99).

Es, en efecto, un acto grave que hacía pasar a un ciudadano *sui juris*, acaso jefe de familia, bajo la autoridad de otro jefe.

El Estado y la religión estaban interesados, puesto que podía resultar la desaparición de una familia y la extinción de un culto privado. Por eso era necesaria la información de los pontífices sobre la oportunidad de la adrogación. Si la opinión era favorable, la *adrogación* se sometía al voto de los comicios, y sancionada por su aprobación (1). Por tanto, sólo podía tener lugar en Roma, donde se reunían las curias, y las mujeres excluidas de estas asambleas no podían ser adrogadas. (Gayo, I, §§ 100 y 101).

92. (1) Modestino, L. 1, pr. D., de *adopt.*, 1, 7: *Filios familias non solum natura verum et adoptiones faciunt.*

(2) Podía ser de otra manera; por ejemplo, cuando un ascendiente adoptaba un nieto oriundo de un hijo emancipado o un descendiente nacido de una hija.

N. del T.—Modestino, en el lugar citado en el texto, afirma «*Quod adoptionis nomen est quidem generale; in duas autem species dividitur; quarum altera adoptio similiter dicitur, altera adrogatio. Adoptantur filii familias, adrogantur qui sui juris sunt.*»

Véase a Desserteaux, *Etudes sur les effets de l'adrogation*, París, 1892.

93. (1) El magistrado presidente de los comicios dirigía sucesivamente tres *rogaciones* al adrogado y al pueblo: de ahí el nombre de *adrogatio* (Gayo, I, § 99).—Aulo Gelio (*Noct. att.*, V, 19) habla de los términos de la *rogatio* dirigida al pueblo (V. n.º 83, nota 3). Después del voto, el adrogado renunciaba solemnemente a su culto privado: era la *testatio sacrorum*.

Estas formalidades estaban aún en vigor en la época clásica, como lo prueban los textos de Gayo (I, § 98) y de Ulpiano (VIII, § 2). Pero el voto de las curias, que estaban representadas por treinta lictores, sólo tenía la importancia de una tradición. Es por la autoridad de los pontífices por lo que la adrogación está en realidad consumada.

Hacia la mitad del siglo III de nuestra era, estas formas prescritas fueron reemplazadas por la decisión del emperador. Desde entonces, la adrogación se hizo por *rescripto del príncipe*. Este cambio fué verdadero bajo Diocleciano (L. 2, C., *de adop.*, VIII, 48, año 286). Desde entonces, las mujeres también pudieron ser adrogadas, y esta adrogación lo mismo fué posible en provincias como en Roma (L. 6 y L. 8, C., *eod.*—I, § 1, *h.*) (2).

2. *Efectos.*—El adrogado pasa bajo la autoridad paterna del adrogante y entra como agnado en su familia civil, no siendo más que el cognado de sus antiguos agnados. Los descendientes sometidos a su autoridad antes de la adrogación, y la mujer que tenía *in manu*, siguen también la misma suerte (I, § 11, *h.*). Y el adrogado participa desde entonces del culto privado del adrogante. Este cambio en su estado lleva consigo una modificación en su nombre: toma el nombre de la *gens* y el de la familia donde entra (3).

Finalmente, el adrogado, haciéndose *alieni juris*, adquiere su patrimonio el adrogante (Gayo, III, § 83). Pero Justiniano decidió que el adrogante sólo tuviera el usufructo de los bienes del adrogado (4).

3. *De la adrogación de los impúberos.*—Durante largo tiempo, los impúberos no pudieron ser adrogados, primero, por estar excluidos de los comicios por curias, y después, porque se temía que el tutor favoreciese la adrogación para desembarazarse de la tutela. Sin embargo, como esta prohibición podía perjudicar los intereses de los pupilos, Antonino el Píadoso la hizo desaparecer. En virtud de una constitución de este emperador, el impúbero podía ser adrogado por *rescripto*, pero con garantías especiales, por ser incapaz de apreciar reflexivamente las consecuencias de un acto tan grave para sí y para su familia (Gayo, I, § 102.—Ulpiano VIII, § 5).

Eran éstas las condiciones: a) Los pontífices hacen una información con una severidad especial, debiendo enterarse estrictamente de la fortuna y edad del adrogante, si es honrado y si la adrogación puede ser ventajosa para el pupilo (Ulpiano, L. 17, § 2, D., *de adopt.*, I, 7); b) Todos los tutores del impúbero deben dar su *auctoritas* (L. 5, C., *de auct. praest.*, V. 59); c) Para proteger los derechos de los presuntos herederos del pupilo, el adrogante debe prometer y garantizar devolver los bienes del adrogado, si éste muere impúbero (5). Queda libre de este compromiso cuando el adrogado llega a la pubertad.

(2) Algunos textos de historiadores y literatos de Roma mencionan otro género de adrogación por testamento (Cicerón, Brutos, 58.—Ad. Attic., III, 20). La voluntad expresada por el testador quedaba a su muerte ratificada por las curias, después de informar los pontífices (Appien, *De bel. civ.*, II, 143; III, 94). De esta manera fué adoptado Octavio por Julio César (Suetonio, Jul. Caes., 83). En el estado de las fuentes es imposible saber cosa fija sobre la naturaleza y efectos de esta adopción testamentaria. Acaso fuese útil para los que, jóvenes todavía, y que pudiendo tener hijos, se reservaban en su testamento este último recurso, para dejar un continuador de su familia.

(3) Durante el tiempo de la República, el adoptado tomaba los nombres del adoptante, añadiendo un apellido tomado del nombre de su *gens* primitiva. Por ejemplo, el hijo de Aemilius Paulus, adoptado por Publius Cornelius Scipio, toma el nombre de Publius Cornelius Scipio Aemilianus. Bajo el Imperio fué abandonada esta costumbre. El adoptado, al tomar los nombres del adoptante, añadía sencillamente uno de los nombres de su padre natural, guardando casi siempre el apellido y alguna de las denominaciones que llevaba antes de la adopción. (V. Corp. inscr. lat., III, 1.181, 1.182).

(4) Véase sobre la adquisición resultando de la adrogación, y la reforma de Justiniano, el n.º 700 y el n.º 134, nota 4.

(5) Como se ignora quiénes puedan ser los herederos del impúbero, el compromiso

Los intereses del impúbero quedan protegidos aun después de la adrogación. En primer lugar, desde el momento en que se hace púbero, puede, si la adrogación no le es ventajosa, dirigirse al magistrado para romperla, y recobrar con sus bienes la cualidad de *sui juris* (L. 32, pr., y L. 33, D., de *adopt.* 1, 7). Además, el adrogado, aun impúbero, emancipado por el adrogante, sin motivo justificado, tiene derecho: a) A la restitución de su patrimonio en el mismo estado que estuviese antes de la adrogación; b) A la cuarta parte de la sucesión del adrogante; así lo decidió Antonino el Piadoso; y de ahí el nombre de *cuarta Antonina*, *cuarta Divi Pii* (L. 13, D., si *quid in fr. patr.*, XXXVIII, 5). Esta cuarta parte se le concede también si, quedando bajo la autoridad del adrogante, ha sido desheredado (L. § 3, *in fine*, *hl.*).

II. De la *adopción*.—La adopción es menos antigua que la adrogación, pues fué primero realizada por un procedimiento desviado, pero deducido de la ley de las XII tabas, y por tanto posterior al año 304. Era también un acto de menor gravedad que no exigía la intervención del pueblo ni la de los pontífices, pues siendo el adoptado *alieni juris*, no podía resultar ni la desaparición de una familia ni la extinción de un culto. Y, por último, la adopción se aplicaba lo mismo a las hijas que a los hijos, de donde se puede deducir que para el adoptante era un medio de hacerse con un heredero de uno u otro sexo, más bien que de asegurar la perpetuidad de su familia o de su *gens*.

1. *Formas*.—La adopción se opera por la autoridad de un magistrado, *imperio magistratus* (Gayo, I, § 98). Para esto son necesarias dos clases de operaciones: primero, romper la autoridad del padre natural, y después hacer pasar al hijo bajo la del padre adoptivo: a) Para obtener el primer resultado se aplica la disposición de las XII tabas, que declara caduca la autoridad del padre si ha mancipado por tres veces a su hijo. Por tanto, el padre natural, con la ayuda de la mancipación, hace pasar a su hijo, bajo el *mancipium* del adoptante, que le manumite inmediatamente, como se ha comprometido, por un pacto de *fiducia*. Una segunda mancipación es seguida de una segunda manumisión. Después de la tercera mancipación queda rota la autoridad del padre natural, y el hijo queda *in mancipio* en casa del adoptante. El mismo efecto produce una mancipación para una hija o para un descendiente más lejano (V. n.º 83, nota 5); b) Con objeto de que el adoptante adquiriera sobre el hijo la autoridad paterna, en lugar del *mancipium* cede por una cuarta mancipación el hijo a su padre natural (6), yendo todos después delante del magistrado, donde tiene lugar la ficción del proceso; el padre adoptivo sostiene que tiene la autoridad paterna sobre su hijo, y como el padre natural no lo contradice, el magistrado sanciona esta pretensión.

era con un esclavo público, que estipulaba por ellos, y bajo Justiniano se ejecutaba con un *tabularius* (L. 18, 19, 20, D., de *adopt.*, I, 7.—I, § 3, *ht.*).

N. del T.—La restitución del patrimonio de que el texto habla había de asegurarse por medio de un fiador, *personae publicae*, es decir, un tabulario o escribano. Debe explicarse que, en principio, una persona libre no puede estipular por otra, por lo que hubiera sido difícil asegurar la restitución de la herencia si se hubiera hecho la estipulación directamente en favor del heredero presunto del arrogado o adrogado, porque el heredero más próximo en el día puede morir mañana y ser reemplazado por otro que no hubiera podido prevaleerse de la estipulación hecha a favor del difunto. Para obviar esta dificultad se recurrió a otro principio. El esclavo común puede estipular para todos sus dueños, y se presume que estipula a favor de aquel a quien interesa la estipulación. Así, pues, se imaginó hacer estipular la caución por un *tabularius*, esclavo público, que se reputaba estipular para el miembro de la ciudad que tenía interés en la restitución de la herencia. Así, los textos del *Digesto* dicen que la caución se da *servo publico* (D. 4, t. L. 1). Después de Arcadio y Honorio (401 después de J. C.) se atribuyeron las funciones de escribano a hombres libres que continuaron recibiendo las cauciones en las arrogaciones (L. 3, c. 4, t).

(6) Gayo indica también (I, § 134) otro procedimiento que necesitaba la intervención de un tercero, pero que se usaba con menos frecuencia.

Bajo Justiniano se fueron simplificando estas formas de adopción. Queda consumada por una sencilla declaración de las partes delante del magistrado (I., § 1, *ht.*).

2. *Efectos*.—En el Derecho clásico, el adoptado sale de su familia civil, perdiendo sus antiguos derechos de agnación, para conservar únicamente la cualidad de cognado, aunque entrando en la familia civil del padre adoptivo adquiere éste sobre él la autoridad paterna, siendo modificado su nombre, como si fuera en caso de adrogación (V. número 93, nota 3).

La adopción no era sin riesgo para el adoptado, puesto que perdía el derecho de sucesión en su familia natural, unido a la cualidad de agnado; y además, si con el tiempo el padre adoptivo le mancipaba después de la muerte del padre natural, perdía también la esperanza de la herencia del adoptante (I., § 2, *ht.*). Para remediar este inconveniente, Justiniano realizó en 530 la reforma siguiente: En lo sucesivo, había que hacer una distinción: a) Siendo el adoptante un *extraneus* (7), la autoridad paterna continúa, el adoptado no cambia de familia; adquiere únicamente derechos a la herencia *ab intestato* del adoptante; b) Si el adoptante es un ascendiente del adoptado, seguirán mantenidos los antiguos efectos de la adopción, siendo, en efecto, menor el peligro para el adoptado, pues, habiendo sido emancipado, queda unido el adoptante por un lazo de sangre, y el pretor lo tiene en cuenta para llamarle a la herencia (V. n.º 687, 3).

III. *Reglas generales*.—1. El adrogado debe consentir en la adrogación (Gayo, § 1, 99). En cambio, para la adopción, el consentimiento del adoptado, en su origen, no parece haber sido necesario, pues teniendo el jefe de familia el derecho de mancipar al hijo que está bajo su autoridad, puede también hacerle pasar a otra familia. Pero, acaso desde el Derecho clásico, y probablemente bajo Justiniano, era preciso que el adoptado consintiese en la adopción, o, al menos, que no se opusiera (L. 10, pr., C., *de adopt.*, VIII, 48).

2. El adoptante tiene que ser mayor que el adoptado: es necesario que tenga, por lo menos, la pubertad plena, es decir, dieciocho años. También se exigía que el adrogante tuviese sesenta años (8).

3. La adrogación sólo era permitida a los que no tuviesen hijos bajo su autoridad (Cicerón, *Pro domo*, 13). No era impuesta la misma condición al adoptante como al adoptado, puesto que éste entraba generalmente como hijo en la familia adoptiva, pudiendo también entrar como nieto nacido de un hijo difunto, o de un hijo aún en vida, puesto que a la muerte del hijo de familia el adoptado caía bajo su autoridad (I., §§ 5, 6, 7, *ht.*—V. n.º 86, nota 5).

4. Las mujeres, al carecer de autoridad paterna, naturalmente, no pueden adoptar. Sin embargo, Diocleciano lo permitió a una pobre madre que se le habían muerto sus hijos (L. 5, C., *de adopt.*, VIII, 48), habiendo más tarde concesiones de este mismo género. Pero esto sólo era un reflejo de la adopción, pues el adoptado sólo adquiere los derechos a la herencia de su madre adoptiva.

5. Los esclavos no pueden ser adoptados, aunque una declaración de adopción hecha por el amo vale para el esclavo su manumisión (9).

(7) Por *extraneus* hay que comprender aquí que no es ascendiente del adoptado.

(8) Estas reglas, admitidas al final de la época clásica (Ulpiano, L. 15, § 2, y Modestino, L. 40, § 1, D., *de adopt.*, I, 7), quedaron dudosas durante largo tiempo (Gayo, I, § 106). Sin embargo, Cicerón ya reprochaba a Clodio de haberse hecho adrogar por Fontelio, que era plebeyo, más joven que él, con el único objeto de hacerse tribuno (*Pro domo*, 14).

(9) Cf. I., § 12, *ht.*—Según parece, Masurio Sabino y otros juriconsultos admitían que un amo podía adoptar a su esclavo (Aulo Gelio, *Noctes at.*, V, 19). Probablemente, las formalidades de la adopción llegarían a obligar al esclavo a salir de la autoridad del amo,

6. En cuanto a los hijos nacidos fuera de las *justae nuptiae*, su adrogación fué permitida en el Derecho clásico sin ninguna restricción; pero el emperador Justino hizo una excepción para los hijos naturales nacidos del concubinato, pues al mismo tiempo que prohibió adrogarlos, suprimió la legitimación por matrimonio subsiguiente. (L. 7, C., *de nat. lib.*, V. 27). Justiniano conservó esta defensa (núms. 74, c. 3 y Nov. 89, c. 7). Bajo este emperador, le era permitido al padre hacer uso de la legitimación por matrimonio subsiguiente o rescripto, lo cual atenúa- ba los desastrosos efectos de esta prohibición (10).

III. De la legitimación.

(I., § 13, *de nuptiis*, I, 10.)

94.--La *legitimación*, en el sentido propio, indica ciertos medios por los cuales los emperadores cristianos, para favorecer las uniones regulares, permitieron al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos *naturales* nacidos del concubinato.

Esta institución implica un sentimiento extraño en la época clásica, pues la cualidad de *spurius* no tenía nada de deshonrosa.

Se encuentran, en verdad, ciertas hipótesis en las cuales el padre obtenía como favor la autoridad paterna sobre sus hijos nacidos fuera de las *justae nuptiae*. Esto solía ocurrir: a) Cuando el emperador, confi- riendo la ciudadanía a un peregrino y a sus hijos, le concedía especial- mente sobre ellos la autoridad paterna (Gayo, I, § 93); b) Cuando un latino juniano disfrutaba del beneficio de la *causae pronatio* (V. n.º 75, I, 2, c.); c) Y, por último, en caso de *erroris causae probatio*. Esta ins- titución consistía en lo siguiente: Una persona se casa, equivocándose sobre su cualidad o la de su cónyuge, creyendo existe entre ellos el *connubium*: por ejemplo, un ciudadano se casa con una latina creyén- dola ciudadana (1); si de esta unión nace un hijo o una hija, un Senado- consulto permite al padre hacer la prueba de su buena fe, *erroris causam probare*, y desde entonces el matrimonio queda convertido en *justae nuptiae*. Todos tienen la ciudadanía y el padre posee la autoridad pa-terna sobre el hijo. Esta práctica se hizo cada vez más rara, por la ex- tensión del derecho de ciudadanía.

Es sólo en el Bajo Imperio donde se ve aparecer, con la idea de que las *justae nuptiae* sólo son honrosas para los padres y los hijos, la legi- timación, que es la consecuencia.

haciéndole caer bajo la autoridad paterna. En realidad, el adoptado no era más que un manumitido.

N. del T.— Tampoco el libertino puede ser adoptado, a no hacerlo su patrono, y sola- mente cuando éste no tiene posteridad (L. 3, c. 4, t.)

(10) En nuestro Derecho, la adopción de los hijos naturales, discutida en doctrina, está admitida por la jurisprudencia. El Código civil italiano la prohíbe (art. 205), pero per- mite la legitimación por rescripto.

94. (1) No es más que un ejemplo. Las otras aplicaciones del *erroris causae probatio* ya están indicadas por Gayo, I, §§ 67 a 71. No es necesario, como en la *causae probatio*, que el matrimonio tenga lugar delante de siete testigos, ni que el hijo tenga un año (Gayo, I, § 73).

N. del T.— Se expresa en el texto que por la legitimación se adquiría la autoridad pa-terna sobre los hijos naturales nacidos de concubinato, porque los *spuriis*, hijos nacidos de un comercio adulterino o incestuoso, o de una unión pasajera e ilícita, no teniendo padre conocido según la ley, no podían ser legitimados. Los hijos nacidos de un concubinato tienen un padre conocido, por ser el concubinato una unión sexual estable y reconocida por la ley, y de ahí la posibilidad, para estos hijos, de la ficción jurídica que sirve de fundamento a la legitimación. Véase Meyer, *De röm. Konkubinat* (Leipzig, 1895); Landucci, *Archivio giuridico*, LIX, 441, y Costa, *Bulletino dell' Ist. di dir. romano*, 1900, pág. 233.

95.—En principio, el hijo no puede ser legitimado sin su voluntad.

En efecto, estando *sui juris*, tiene un patrimonio que se absorbe en el de su padre, en cuya autoridad cae por su legitimación, siendo un resultado en el cual debe de consentir. Si es demasiado joven, basta con que no contradiga (Nov. 89, cap. 11). Los procedimientos para la legitimación son los siguientes (1, § 13, de *nupt.*, I, 10):

1. *El matrimonio subsiguiente del padre y madre.*—Ya hemos visto cómo, ofrecido primeramente por Constantino y Zenón, creyéndolo una ventaja momentánea, este modo fué después sancionado como institución regular por Anastasio y Justiniano (V. n.º 91, I, *in fine*).

Para que los hijos pudieran ser legitimados era preciso que hubiesen nacido de personas entre las cuales era posible el matrimonio como consecuencia de la concepción. Esta condición excluye no sólo a los hijos *adulterinos* e *incestuosos*, sino también a aquellos cuyos padre o madre no podían contraer matrimonio por alguna prohibición legal o temporal; por ejemplo: un gobernador que tiene una concubina de su provincia, y de esta unión les nace un hijo, no puede legitimarle por el matrimonio ni aun marchándose de la provincia (1). Era también necesario que al matrimonio se acompañase una acta escrita probando que se había constituido una dote, a fin de quedar bien establecido que se trataba de las *justae nuptiae*. Esta legitimación produce efectos completos, pues el hijo entra como agnado en la familia civil del padre (Nov. 89, c. 8).

2. *La oblación a la curia.*—Esta manera de legitimar fué creada por Teodosio II y Valentiniano III en el año 412 de nuestra era. Permitía al padre que tuviese un hijo natural legitimarle, ofreciéndole en la curia de su villa natal si era hijo, y siendo hija casándola con un decurión (L. 3 C., de *nat. liber.*, V. 27.—Cf. Nov. 89, c. 2).

Las curias formaban en las villas municipales una especie de nobleza análoga a los senadores de Roma. Durante el Bajo Imperio, los miembros de las curias, o *decuriones*, estaban encargados de la recaudación de los impuestos, respondiendo de sus bienes; y por eso los emperadores buscaban por todos los medios favorecer el reclutamiento. De esta manera ofrecían al padre la autoridad paterna sobre el hijo natural que

95. (1) Por excepción a esta regla, Justiniano permite al patrono, casándose con su manumitida, legitimar a los hijos que hubiese tenido de ella, *ex contubernio*, mientras estuvo en esclavitud.

N. del T.—Véase Wolf, *Die Legitimation per subs. matr.* (Leipzig, 1881) y Const. 5, 7, de *natur. liber.* V. 27, y Const. 10 y 11, de *natur. lib.* V. 27.

Las palabras de los textos legales *enjus matrimonium minime legibus interdictum fuerat*, algunos comentadores las entienden en el sentido de que el matrimonio no debía estar prohibido por ninguna ley en el momento en que se quería legitimar a los hijos. Pero esto sería dar un sentido insignificante, porque es claro que es preciso que el subsiguiente matrimonio sea posible según la ley para que pueda tener el efecto de legitimar a los hijos nacidos anteriormente. Las palabras de otro pasaje de los textos *equod ex aliis liberis qui ex eodem matrimonio fuerint creati, similiter nostra constituto praebuilt*, se han considerado por la generalidad como adulteradas. Y, en efecto, significarían que Justiniano había concedido la legitimación, no sólo a los hijos nacidos antes del matrimonio, sino también a los nacidos del matrimonio mismo, y es evidente que éstos son legítimos y no solamente legitimados. Por eso Cujacio, Schrader y otros intérpretes proponen que se lea *equod etsi alii liberis*, etc., en atención a que así el texto significaría que se puede legitimar por subsiguiente matrimonio a los hijos naturales que se han tenido anteriormente, aun cuando nacieran del matrimonio hijos legítimos propiamente dichos. Se halla confirmada esta interpretación por la ley 10, c. 5, 27.

N. del T.—Llamábase municipales a las villas o ciudades que habían obtenido el derecho de ciudad romana y el privilegio de gobernarse ellas mismas por medio de instituciones imitadas de las de Roma. La curia viene a ser un pequeño senado; los decuriones los senadores, y los curiales son los patricios municipales.

ingresaba en la curia, exigiendo, además, que el hijo tuviese una fortuna mobiliaria de veinticinco fanegas, y una dote igual la hija.

Este procedimiento de legitimación sólo tiene efectos restringidos. El hijo cae bajo la autoridad paterna, haciéndose el agnado de su padre, aunque no entra en la familia civil, ni tampoco es el agnado de los agnados del padre (Cf. L. 9. *pr.*, C., de nat. liber., V, 27).

8. *El rescripto del príncipe*.—Justiniano decidió que estando muerta la madre, ausente o casada con otro, el padre podía dirigirse al emperador pidiendo la legitimación de sus hijos naturales. Se concedía después de un examen, con tal de que el padre no tuviese hijos legítimos (Nov. 74 c. 2 *pr.*), produciendo los efectos completos. También tenía autorización el padre para solicitar esta legitimación en su *testamento*, y los hijos de esta manera legitimados después de su muerte se hacían sus herederos (Nov. 74, c. 2, § 1) (2).

§ 3.—Disolución de la autoridad paterna.

(I., *Quibus modis jus potest. solvitur*, I, 12).

96.—Entre las causas que ponen fin a la autoridad paterna se pueden distinguir los acontecimientos fortuitos, *casus*, y los *actos solemnes*, dependiendo de la voluntad del jefe de familia (V. n.º 97, nota 1).

1. *Acontecimientos fortuitos*.—Son: La muerte del jefe de familia, su *reducción en esclavitud* y la *pérdida del derecho de ciudadanía*. Entonces los hijos sometidos directamente a su autoridad se hacen *sui juris*, sin perder sus derechos de agnación.

Si el jefe de familia tenía bajo su autoridad al hijo y al nieto, sólo el hijo será *sui juris*, pero tiene además la autoridad paterna sobre el nieto (I., *pr. hl.*).

Cuando el padre está cautivo, la suerte de los hijos queda en suspenso.

Si vuelve de su cautiverio, se admite, en virtud de los *ius postliminii*, que no han cesado nunca de estar bajo su autoridad, y que los bienes adquiridos durante este intervalo van a engrosar el patrimonio paterno. Caso de morir en poder del enemigo, los jurisconsultos decidieron, sin titubear, que los hijos serían *sui juris* desde el día de su cautiverio, quedando de su propiedad las adquisiciones hechas desde esta época (Gayo, II, § 129. I § 5, *hl.*).

2. La muerte del niño, *alieni juris*, su caída en esclavitud y la pérdida del derecho de ciudadanía.—Si es hecho cautivo: o vuelve, y se considera que la potestad paterna no ha sido nunca interrumpida merced al *postliminium*; o muere en el campamento enemigo, y ella queda rota el día de su cautividad.

3. De la elevación del hijo de familia a ciertas dignidades.—En el Derecho antiguo, el hijo sacerdote de Júpiter y la hija vestal fueron los únicos que escaparon del poder paterno (Gayo, I, § 130). Bajo Justiniano se producía el mismo efecto cuando algún hijo de familia era

(2) Nuestro Código civil no admite este procedimiento de legitimación, por cierto bastante útil. Más inspirado el legislador italiano, ha sancionado en el art. 198 del nuevo Código la legitimación por rescripto. En el art. 199 le autoriza también después de la muerte del padre.

nombrado patricio (1), obispo, cónsul, prefecto del pretorio o cuestor del palacio, aunque conservando, sin embargo, sus derechos de agnación (I., § 4, *ht.*—Nov. 81, c. 2 y 3).

II. *Actos solemnes.*—Son la *entrega en adopción* y la *emancipación*. Ya hemos visto que la *entrega en adopción* en la época clásica rompe la autoridad del padre natural; pero bajo Justiniano únicamente ocurre de esta manera, cuando el adoptante es un *extraneus*. Sólo hablaremos aquí de la *emancipación*.

97.—*De la emancipación.*—Es el acto por el cual el jefe de familia hace salir al hijo de su potestad haciéndole *sui juris*.

Los caracteres primitivos de la emancipación se modificaron profundamente en la época clásica. De verdadera decadencia donde estaba, llegó a ser después un gran beneficio.

1. En su origen, el jefe de familia investido de autoridad paterna tenía el poder de echar al hijo de su familia, haciendo uso de su autoridad para castigarle como culpable de crimen o de resistencia hacia él. Pero de esto no resultaba ningún efecto jurídico, puesto que el padre no podía romper la potestad paterna por su propia voluntad, y, por tanto, el Derecho no le ofrecía manera alguna de alcanzar este fin (1). La ley de las XII tablas que proclamaba la ruptura de esta potestad cuando el padre hubiese mancipado por tres veces a su hijo vino a suministrar el medio para ello.

El padre que quería hacer salir a un hijo de su autoridad le mancipaba a un tercero de buena voluntad, *coemptionator*, que se comprometía por un pacto de *fiducia* a manumitirle después en seguida. Una segunda emancipación siempre era seguida de una segunda manumisión. Después de la tercera emancipación ya quedaba rota la autoridad paterna y el hijo manumitido era *sui juris*.

Tratándose de una hija o de un descendiente más lejano, bastaba con una sola emancipación seguida de manumisión (2). Este procedimiento tenía un inconveniente, que era el de hacer pasar al tercero, con relación al emancipado, el papel de patrono, confiándole en detrimento del padre los derechos de tutela y de herencia que le estaban unidos.

Cuando quería remediarse esto, el tercero se comprometía por un pacto de *fiducia* a volver a mancipar al hijo a su padre después de la tercera emancipación. Entonces, estando el hijo *in mancipo* era cuando el padre le manumitía, reservándose el papel de patrono (Gayo, I, § 140). Este acto tomaba el nombre de *mancipatio*, a causa de las *mancipationes*, que servían para realizarlo.

La emancipación tenía graves consecuencias para el emancipado.

Excluido de su familia civil, sufría una *capitis deminutio* (V. n.º 134, 2 b); de donde resultaba para él la pérdida de sus cualidades de *agnado* y *gentilis*, con los derechos de sucesión que conferían.

Ya únicamente estaba unido a su antigua familia por la cognación, aunque también era verdad que, hecho *sui juris*, podía en adelante

96. (1) La cualidad de patricio data de Constantino. Era un título nobiliario. Los patricios obraban según consejo del emperador (Cf. L. 5, C., de *consul.*, XII, 3).

N. del T.—Cicerón (*Pro Balbo*, 11) decía: «*Duarum civitatum civis esse nostro jure civile, nemo potest; non esse hujus civitatis, qui se alii civitate dicavit, potest*». Por esto antiguamente los ciudadanos que iban a fundar colonias en el Lacio, y más adelante en las provincias, perdían la cualidad de ciudadano romano y se hacían *Latinos colonarii*.

N. del T.—El título de *patricio*, creado por Constantino, se daba a ciertos personajes eminentes que escogía el Emperador para sus consejeros íntimos.

97. (1) L. 3, C. de *emancip.*, VIII, 49; *Non nudo consensu patria, liberi potestate, sed actu solenni vel casu liberantur*.—Ad. L. 6, C., de *patr. pot.*, VIII, 47.—Quintiliano, VII, 4 [27].

(2) Cf. Gayo, I, § 132.—Ulpiano, X, § 1.—N.º 83, nota 6.

N. del T.—V. Leari, *L'emancipazione nell diritto romano* (Padua, 1896).

tener un patrimonio; por eso, siendo impúbero, se le daba por razón de su edad un protector, es decir, un *tutor* (V. n.º 103). Pero esta ventaja estaba muy lejos de compensar los inconvenientes de la emancipación.

2. En el comienzo del Imperio mejoró bastante la condición del emancipado. Por una parte, la gentilidad cayó en desuso, perdiendo las antiguas familias patricias su prestigio y su papel político.

La exclusión de la familia civil no tiene el mismo carácter de decadencia. Y, por otra parte, el pretor llama a los hijos emancipados a la herencia del padre de familia, con derechos iguales a los de los hijos que quedaban bajo la autoridad paterna (3); por tanto, la emancipación ofrece ciertas ventajas, permitiendo al emancipado quedarse con todo lo que quiere; es más, puede considerarse como un beneficio. Fué en este aspecto como quedó en vigor esta institución bajo el Imperio, y subsistía aún en tiempos de Justiniano (4).

Además, el hijo en potestad no podía forzar al jefe de familia para que le mancipara (5), y, por su parte, debía consentir, o al menos no oponer contradicción (Paulo, S., II, 25, § 5).

En cuanto a las formas para la emancipación, en la época clásica se empleaba aún el procedimiento antiguo (Cf. Gayo, I, § 132). El emperador Anastasio fué el primero que, en 502, estableció una nueva forma de emancipación, no exigiendo la presencia del hijo, y permitiendo manciparle aun estando *ausente*: fué el rescripto del príncipe, insinuado, es decir, transcripto con las diligencias del magistrado, sobre registros públicos (L. 5, C. de emancip., VIII, 49). Justiniano, aunque dejando subsistir el procedimiento creado por Anastasio, simplificó las formalidades de la antigua emancipación, suprimiendo las mancipaciones y permitiendo además al padre mancipar al hijo con una sencilla declaración delante del magistrado competente (L. 6, C., *ead.*, año 531.—I., § 6, *ht.*). En estas nuevas formas de emancipación ya no era necesaria la intervención de un tercer *coemptionator*; el padre lleva siempre el título de patrono, conservando los derechos que de él emanan.

SECCIÓN II.—POTESTADES CAÍDAS EN DESUSO BAJO JUSTINIANO

§ 1.—De la “*manus*”.

98.—La *manus* es una potestad organizada por el Derecho civil y propia de los ciudadanos romanos (Gayo, I, § 108). Presenta la mayor analogía con la potestad paterna, pero sólo puede ejercerse sobre una mujer casada. En un principio, pertenece al marido; siendo éste *alieni juris*, se ejercerá por el jefe de familia; y, por último, puede establecerse, a título temporal, en provecho de un tercero (Gayo, I, § 114).

(3) La *bonorum possessio contra tabulas* y la *bonorum possessio unde liberi*, ofrecidas al emancipado, datan en realidad del reinado de Augusto.—Véanse para estas dos *bonorum possessiones* los números 545, 546, 672 y 673.

(4) La emancipación en nuestro Derecho actual presenta una utilidad y caracteres completamente distintos.—(V. n.º 130, nota 1.)

(5) Marciano, L. 31, D. de adopt., 1, 7.—Al jefe de familia, por excepción, podía negársele la emancipación, siempre que el hijo hubiese sido objeto de malos tratos (Papiniano, L. 5, D., si a par., XXXVII, 12) o cuando el adrogado impúbero, llegado a la pubertad, pruebe que la adrogación no le es ventajosa (V. n.º 93, I, 3).

N. del T.—Se ve, pues, que las formas de la emancipación antigua no se diferenciaban de las de la adopción sino en que, en vez de reivindicar al hijo por la *cessio in jure*, el comprador le manumitía por el proceso simulado de la *vindicta*.

La *manus* sólo existe en el matrimonio. (1) Pero hay autores que opinan que primeramente fueron inseparables, puesto que en los primeros siglos de Roma no podía haber matrimonio sin *manus* y, además, los procedimientos que servían para crearla eran al mismo tiempo los modos necesarios para la formación del matrimonio. Desde la ley de las XII tablas no nos parece admisible esta opinión, puesto que tienden expresamente, como institución en vigor, al establecimiento de la *manus* por el *usus* un año después de contraído el matrimonio, dando a la mujer un modo de poder escapar (2). Para la época anterior, sólo es una conjetura, y los indicios sobre los cuales la apoyan, prueban únicamente, a nuestro juicio, que, de hecho, la *manus* fué durante largo tiempo el acompañamiento habitual del matrimonio.

El matrimonio por sí solo no modifica la condición de la mujer. Queda lo mismo que antes, tanto si está *sui juris* como estando sometida a la autoridad paterna de su jefe de familia. Si quiere cambiar su condición y entrar en la familia civil del marido, podrá hacerlo por medio de la *manus*; pero siendo *alieni juris*, necesita el consentimiento del jefe de familia o de sus tutores, siendo *sui juris*. (Cicerón, *Pro Flacco*, 34).

Después de continuo uso durante largo tiempo, esta autoridad se hizo muy rara hacia el fin de la República, y aun más bajo el Imperio. También se menciona con bastante frecuencia por los jurisconsultos en el principio del siglo III (3); pero debió caer muy pronto en desuso, y por completo en el Derecho de Justiniano.

1. *Cómo se estableció la "manus"*.—Según Gayo, la *manus* pudo ser establecida de tres maneras : por el *usus*, la *confarreatio* y la *coemptio* (Gayo, I, § 110).

a) *Usus*.—Este modo de establecerse la *manus*, parece ser el más antiguo. Es una especie de adquisición por el uso. La posesión de la mujer, continuada durante un año, daba al marido la *manus*. Según una disposición de las XII tablas, la mujer que quisiera escapar tenía que interrumpir esta posesión pasando tres noches cada año fuera del techo conyugal. Gayo constató la desaparición de esta costumbre (4).

b) *Confarreatio*.—Lo mismo que el *usus*, remonta a las primeras edades, aunque probablemente no es anterior a la creación del flamen de Júpiter, cuya presencia era necesaria. Reservada exclusivamente para los patricios, la *confarreatio* consistía en una ceremonia que acompañaba el matrimonio, y que tenía un carácter religioso. Delante del gran pontífice, el flamen Dialis y diez testigos, se pronunciaban solemnes palabras, ofreciéndose un pastel de harina (*farreum*) a Júpiter *Farreus*.

98. (1) N. del T.—La *manus* es un poder eventual del marido sobre la mujer, siendo eventual, porque no todas las mujeres estaban sujetas a la mano marital, ya que la *manus* no era necesaria para la existencia del matrimonio, el cual podía perfectamente ser *sine manu* sin perder nada de su esencia.

(2) V. nota 4.—Hay quien rechaza este argumento diciendo que el *usus* creaba al mismo tiempo la *manus* y el matrimonio, transformando en *justae nuptiae* al cabo de un año lo que hasta entonces sólo había sido una unión irregular. Pero esta opinión no se aviene con el texto, sacado de la nota 4, donde Gayo, hablando de la mujer, durante el curso del año que llevaba casada, dice: *nuptia perseverabat*.

(3) Papiniano, *Lex Dei*, IV, 7, § 1.—Paulo, *ead.*, IV, 2, § 3 y Fr. Vat., § 115.—Ulpiano, IX, § 1.

(4) Gayo, I, § 111: *Usu in manum conveniebat quae anno continuo nuptia perseverabat... Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nobilis eo modo in manum mariti convenire ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cuiusque interrumpere. Sed hoc, totum jus partim legibus sublatum est, partim desuetudine oblitteratum est.*—Cf. Aulo Gelio, *Nuits al.*, III, 2.

N. del T.—Gayo, I, 112; Ulpiano, *Reg.*, IX: *Farreo convenitur in manum certis verbis et testibus decem praesentibus et solenni sacrificio facto, in quo panis quoque farreus adhibetur.*

Gayo, I, 113: *Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitis non minus quam quinque testibus civibus romanis puberibus item libripende, emit is mulierem, cujus in manum convenit.*

Los hijos nacidos de *nuptiae confarreatae* podían sólo ser investidos de ciertas funciones sacerdotales (Gayo, I, § 112). La ley *Canuleia*, autorizando los matrimonios entre patricios y plebeyos, hizo más rara la aplicación de la *confarreatio*. Muy poco practicada durante la época de Tiberio (Tácito, *An.*, IV, 16), existía aún en tiempo de Gayo (I, § 112) y en el de Ulpiano (IX, § 1). Sólo fué útil desde el punto de vista religioso, cayendo después paulatinamente en desuso.

c) *Coemptio*.—Era el procedimiento corriente en la época clásica para crear la *manus*. Debíó ser ideada con posterioridad a la ley de las XII tablas (5) para permitir a los plebeyos que se casaban y no podían hacer uso de la *confarreatio* establecer la *manus* en el mismo momento del matrimonio. La *coemptio* consiste en una aplicación derivada de la *mancipatio* (Gayo, I, § 113). Es una venta imaginaria de la mujer al marido, con asistencia del jefe de familia si es *alieni juris*, o la *auctoritas* del tutor si es *sui juris*. Las palabras de la mancipación estaban modificadas para que produjesen la *manus*, y no el *mancipium* (Gayo, I, § 123, *in fine*).

2. *Efectos de la "manus"*.—La mujer *in manu* sale de su familia civil y entra en la de su marido. Su situación es igual a la de una *hija* en potestad paterna si el marido es *sui juris*, y a la de una *nieta* estando el padre sometido a la potestad paterna (6), y adquiere los derechos de sucesión unidos a esta cualidad (V. n.º 665). Pero teniendo un patrimonio se absorbe en el de su marido, y lo mismo que si fuera una hija de familia, ya no puede adquirir nada en propiedad (7).

3. *Disolución de la "manus"*.—La *manus* se extinguía como la potestad paterna. En caso de divorcio, la mujer podía obligar al marido a romper la *manus*; si había sido establecida por *confarreatio*, era necesaria una ceremonia contraria llamada *diffarreatio* (*Festo V. Diffarreatio*); en otros casos era precisa una manumisión especial (Gayo, I, § 137).

99.—De la "*coemptio fiduciae causa*".—La mujer podía hacer uso de la *coemptio* para establecer sobre ella, bien fuera en beneficio del marido o de un tercero, una *manus* temporal, destinada a romperla inmediatamente (Gayo, I, § 114). Aquel bajo cuya autoridad cayese, se comprometía por un pacto de fiducia a manumitirla en seguida. Por eso quedaba roto el lazo de agnación que la unía a su familia civil. La mujer empleaba estos procedimientos, bien para desembarazarse de la carga de las *sacra privata* (Cicerón, *Pro Murena*, 12), bien para evitar la tutela de sus agnados (Gayo, I, § 115), o, en fin, para adquirir el derecho de testar en los casos donde estaba afectada de una incapacidad que desapareció bajo Adriano (Gayo, I, § 115.—V. n.º 539, I, 4).

§ 2.—Del "*mancipium*".

100.—El *mancipium* es una autoridad de Derecho civil que puede pertenecer a un hombre libre sobre una persona libre y que depende a la vez de la autoridad paterna y de la del señor. Sólo podían darse *in mancipio* los hijos bajo potestad paterna, y las mujeres *in manu* (Gayo, I, §§ 117 y 118). El *mancipium* se establecía al modo de la *mancipatio*

(5) Es, en efecto, por interpretación de esta ley, por lo que una sola mancipación para las hijas puede romper la autoridad paterna. (V. n.º 83, nota 6).

(6) Gayo, II, § 159: *Idem juris 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*.—Ad. Gayo, I, § 148.

(7) Gayo, III, §§ 83 y 84.—Cicerón *Topic.*, 4.—V. para la adquisición que deriva de la *manus* el número 701.

Gayo, I, § 119), siendo numerosos los casos en el Derecho antiguo donde había ocasión de establecer esta potestad.

He aquí los principales: a) El jefe de familia pobre confería con frecuencia a un tercero el *mancipium* sobre su hijo, mediante un precio o a título de garantía. Ya hemos dicho cómo la ley de las XII tablas reprimió el abuso de esta práctica, que terminó por ser prohibida (Véase número 83, (1)); b) Cuando el hijo *alieni juris* había causado por un delito algún daño a otro, el padre podía cedérselo, mancipándole a la parte lesionada. Este abandono, llamado *noxal*, fué practicado hasta Justiniano, que le suprimió (I., § 7, de *nox. act.*, IV, 8—V. n.º 487); c) Y, por último, ya sabemos que el *mancipium* resultaba de las formas antiguas de la adopción y de la emancipación; pero entonces sólo estaba creada de una manera temporal para romper la autoridad paterna (Gayo, I, § 114).

Todo el que está *in mancipio* participa, a la vez, del esclavo y del hombre libre: a) Al esclavo se parece en que todo lo que adquiere pertenece al señor (Gayo, II, §§ 86 y 90). Para ser eximido de esta autoridad, es necesario que esté manumitido por la vindicta, el censo o por testamento (Gayo, I, § 138), ejerciendo desde entonces el señor sobre él los derechos de un patrono (*Lex Dei*, XVI, 9, § 2); b) Pero tiene también de hombre libre, puesto que no pierde ni la libertad ni la ciudadanía.

Aun después de la manumisión, queda ingenuo y conserva sus derechos políticos (1). Además, esta autoridad no es inconciliable con los derechos de familia: el matrimonio del hijo *in mancipio* no se rompe, pues ya sabemos que dos mancipaciones para el hijo, por lo menos, no rompen la autoridad paterna. Finalmente, los hijos nacen libres de un padre *in mancipio* (Gayo, I, § 135).

El *mancipium* dejó de existir bajo Justiniano, que hizo desaparecer la última aplicación, suprimiendo el abandono *noxal* de los hijos en potestad.

Capítulo II.—De las personas «sui juris».

Generalidades.

101.—Las personas *sui juris* no están sometidas a ninguna de las cuatro potestades precedentemente estudiadas, y no dependen más que de ellas mismas. Se dividen en *capaces*, que pueden cumplir solas los actos jurídicos, e *incapaces*, para las cuales el Derecho tiene organizada una protección, dándolas bien un *tutor*, o un *curador* (Gayo, I, § 142). Formando la capacidad el derecho común, estudiaremos las personas incapaces, que es lo único que presenta interés. Hay, pues, cuatro causas de incapacidad: a) La *falta de edad*; se daba un tutor a los impúberos, y desde cierta época se dió también un curador a los menores de veinticinco años; b) El *sexo*; las mujeres, en el Derecho antiguo, estaban en

100. (1) En este sentido, Gayo, I, § 162.—Paulo, L. 5, § 2, D., de *cap. minut.*, IV, 5 y S., V, § 1.

N. del T.—Desde luego que el poder jurídico privado que supone el *mancipium* no hacía que la persona sujeta al mismo perdiese la libertad ni la ciudadanía.

Como se indica en el texto, en el Derecho justinianeo no existen ya el *mancipium* ni la *manus*, quedando sólo la patria potestad; de donde se sigue que en época de Justiniano persona *alieni juris* es sinónimo de hijo de familia. Una condición semejante a la clásica de *personae in causa mancipii* es la del prisionero de guerra que había sido rescatado (*redemptus ab hostibus*) por contrato a título oneroso en sus relaciones con quien le rescató. *Bulletino dell'Ist. di dir. rom.*, XVII, págs. 123 y siguientes. Pampaloni, *Personae in causa mancipii nel dir. rom. giustiniano*.

tutela perpetua; c) La *alteración de las facultades intelectuales*; todos los que padecían esta enfermedad estaban provistos de un curador; d) La *prodigalidad*; el pródigo quedaba impedido y puesto en curatela.

Estas mismas incapacidades podían alcanzar también a los *alieni juris*; pero no teniendo patrimonio que salvar, el jefe de familia era para ellos un protector natural.

SECCIÓN I.—DE LA TUTELA.

102.—Estaban en tutela: a) Los impúberos *sui juris*, de uno u otro sexo, según la edad; b) Y las mujeres púberas *sui juris*, por razón del sexo.

§ 1.—De la tutela de los impúberos.

I. Generalidades.

103. El impúbbero tiene necesidad de un protector habiendo nacido *sui juris*, fuera de matrimonio legítimo, o bien, si, nacido bajo la potestad paterna, ha salido de ella antes de la pubertad. Este protector se llama tutor (1).

Servio Sulpicio, contemporáneo de Cicerón, definió la tutela del siguiente modo: es un poder dado y permitido por el Derecho civil sobre una cabeza libre para proteger a quien, a causa de su edad, no puede defenderse por sí mismo (2).

El poder concedido al tutor no es una verdadera potestad, pues difiere notablemente, por varias causas, de la potestad paterna. Así, el impúbbero sometido no queda menos *sui juris*; el tutor no tiene ni

103. (1) Paulo, L. 1, § 1, D., de tutel., XXVI, 1: ...Appellantur tutores quasi tutores atque defensores...—Cf., § 2, de tutel., l. 13.

(2) Paulo, L. 1, pr. D., XXVI, 1: Tutela est, ut Servius definit, vis (o jus) ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa.—Cf. l. 1, § de tutel., l. 13.

N. del T.—Se indica en la definición de Servio Sulpicio que la tutela es un poder dado y permitido por el Derecho civil. Esto, si no es por un simple pleonismo, puede dar a entender que se indicaban con ello las dos especies de tutela que se habían instituido por la ley de las XII tablas, según la cual, era permitido al padre de familia nombrar por testamento un tutor a su hijo impúbbero, y si no había hecho uso el padre de esta facultad se difería la tutela por la misma ley a los agnados. Primitivamente no había, pues, más que dos clases de tutelas: la *legítima (data)*, y la *testamentaria (permissa)*. Pero más adelante hubo otra tercera, que se estableció por leyes especiales, y que se denominó *dativa*, porque se daba por los magistrados.

También se dice que la tutela se da para *proteger*, a fin de distinguir la tutela de la patria potestad, y para indicar que, a diferencia de ésta, que daba al padre de familia la propiedad de los bienes, y primitivamente hasta la de la persona del que estaba sometido a ella, la tutela, simple poder protector, sólo tenía por objeto conservar los bienes al pupilo y defender su persona (*tutores quasi tutores*). Por lo demás, la tutela tenía por objeto proteger a los que no pueden defenderse a causa de su edad (*propter aetatem*), con cuyas palabras, aunque pudiera creerse que pretendían indicar que no existía ya en tiempo de Justiniano más que una tutela que se daba por razón de la edad, mientras que antiguamente existía otra que se daba por razón del sexo, parece más bien dar a entender que, a diferencia de la curatela, que se daba a veces por razón de demencia o de algunas otras circunstancias particulares, la tutela no se da nunca sino por razón de la edad.

En la definición romana asimismo se expresa que el poder de la tutela se da en o sobre una cabeza libre, porque sólo se ejerce en las personas libres, no solamente de la potestad dominical, sino de la patria potestad. Y, en efecto, sólo los impúberos *sui juris* son las personas que están en tutela o que más especialmente necesitan de tutela. (Gayo, I, 189, afirma: «Sed impuberes quidem in tutela esse omnium civilium jure contingit, quia id naturali rationi conveniens est, ut is, qui perfecta aetatis non sit, alterius tutela regatur»). Entonces toman el nombre de pupilos (*pupillus, pupilla*).

derecho de corrección ni autoridad sobre la persona del pupilo (3), terminando la tutela en la pubertad.

En todos los pueblos civilizados se ha reconocido la necesidad de establecer un sistema de protección hacia los impúberos; por eso el principio de la tutela es del Derecho de gentes (Gayo, I, § 189). Pero en Roma, no es menos una institución de Derecho civil, siempre que se han fijado las reglas por el Derecho civil. En esta organización se encontraban unidos el interés de la familia con el del incapaz. Si el impúbbero tenía necesidad de un protector para administrar su patrimonio e impedir a un tercero abusar de su debilidad, la conservación de sus bienes era de grandísima importancia para los miembros de la familia civil, llamados a heredarle a su muerte; por eso la ley de las XII tablas, dando satisfacción a este doble interés (4), confiaba la tutela a los agnados o al patrono del impúbbero.

La tutela estaba considerada como una carga pública *manus publicum*, siendo necesario para cumplirla ser libre, ciudadano o del sexo masculino. (5). Además, un hijo de familia podía ser tutor, porque la autoridad paterna sólo tenía efecto en el orden privado (V. n.º 83 bis). De la ausencia de estas condiciones resultaban los *incapacitados*, teniendo un carácter de orden público. Pero un ciudadano capaz podía hacerse valer de *excusas*, es decir, obtener del magistrado ser dispensado de la tutela por ciertas causas especialmente determinadas, tal como el número de hijos, un cargo público o la edad de setenta años. La minoría de veinticinco años, conceptuada como excusa en el derecho clásico, llegó a ser en tiempo de Justiniano un motivo de incapacidad (Cf. I., de *excusat. tut.*, I, 25).

II.—De la designación del tutor.

104.—La ley de las XII tablas, permitiendo al jefe de familia escoger un heredero, le concede también derecho para designar por testamento el tutor de su hijo (1). A falta de *tutor testamentario*, difiere la tutela a los miembros de la familia civil que llama eventualmente a la sucesión del impúbbero, es decir, en primer lugar al *agnado* más próximo, y después a los *gentiles*. La carga de la tutela sigue así la esperanza de la herencia (2), y estos tutores se interesan personalmente en la conservación del patrimonio del pupilo. Se les llama *legítimos* porque su llamamiento a la tutela procede de la ley (3).

(3) V. n.º 109.—El impúbbero en tutela es llamado *pupillus* (L. 239, pr., D., de *verb. sign.* L. 16). La palabra *minor* indica el *sui juris* que aún no tiene veinticinco años: *minor viginti quinque annis*.

(4) Ulpiano, L. 1, pr., D., de *legit. tut.*, XXVI, 4: *Legitimae tutelae lege duodecim tabularum agnalis delatae sunt et consanguineis item patronis, id est his ad legitimam hereditatem admitti possint; hoc summa providentia, ut qui sperarent hanc successionem, item tuerentur bona ne dilapidarentur*.

(5) Neratio, L. 18, D., de *tutel.*, XXVI, 1: *Feminae tutores dari non possunt quia id munus masculorum est*.—Gayo, L. 16, pr., D., eod.: *Tutela plerumque virile officium est*. Ad. L. 1, § 4, D., de *muner.*, L. 4.

104. (1) Ulpiano, XI, § 14: *Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum his verbis: uti legassit super pecunia tutelave suave rei, ita jus esto. Qui tutores dati sunt appellantur*.—Ciertos autores opinan que en su origen la tutela se otorgaba exclusivamente a los agnados y a los gentiles, y que la tutela testamentaria se hubiera establecido más tarde antes de la ley de las XII tablas. Esta conjetura no se apoya en ninguna razón decisiva.

(2) I, pr., de *legit. patron. tutel.*, I, 17: *...Plerumque ubi successione est emolumentum tibi et tutelae onus esse debet*.—Ad. L. 73, pr. D., de *reg. jur.*, L. 17.

(3) Ulpiano, XI, § 3: *Legitimi tutores sunt qui ex lege aliqua descendunt: per eminentiam autem legitimi dicuntur qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu palam quales sunt agnati, seu per consequentiam quales sunt patroni*.

Hacia el siglo VI de Roma, cayendo en desuso la gentilidad, se fijó una idea nueva, y era que la sociedad debía intervenir en la protección del incapaz si la familia no era suficiente; por eso, a falta de agnado o tutor testamentario, el magistrado se encargaba de nombrarle un tutor.

Estas diversas maneras de designación se aplicaban al caso ordinario en que el impúbere se hubiese hecho *sui juris* por la muerte del jefe de familia. Estudiaremos sumariamente el Derecho común, señalando después las hipótesis especiales.

a) *Derecho común*

105.—I. *Tutela testamentaria* (I., *De tutelis*, I, 13.—*Qui dari tut. test. pos.*, I, 14).—Esta tutela es la más importante; supera a todas las otras, que sólo en su defecto se practican.

El derecho de nombrar un tutor testamentario era en su origen atributo de la potestad paterna, pues sólo podía hacer uso de ello el padre de familia, para los impúberos, que, a su muerte, se hacían *sui juris*. Pero en la época clásica se tenía también en cuenta la cualidad de ascendiente o los sentimientos de afecto del testador. Para esto se dieron las siguientes soluciones: a) Habiendo nombrado un padre un tutor testamentario al hijo emancipado, el nombramiento debe ser confirmado por el magistrado, sin información alguna. b) Siendo la madre, la confirmación sólo tiene lugar después de una información sobre la honradez y habilidad del tutor. c) Si es el patrono del impúbere, y aun un *extraneus*, el magistrado debe confirmar también el nombramiento, pero después de la información, y únicamente si el impúbere, no teniendo más fortuna, ha sido instituido heredero por el testador (1).

El jefe de familia sólo puede nombrar tutores testamentarios a los que por derecho puede elegir como herederos; por eso están excluidos los peregrinos y los *dediticios*, y aun se pueden añadir los *latinos junianos*, en virtud de una incapacidad dictada por la ley *Junia* (Ulpiano, XI, § 16). En cuanto al nombramiento de un esclavo, sólo tiene efecto haciéndose manumitido ciudadano (I., § 1, *qui dari tut. test.*, I, 14).

El tutor debe ser designado por su nombre y en una forma imperativa (Gayo, I, § 149). Según opinión proculeyana, el nombramiento puede hacerse antes de la institución de heredero, prevaleciendo esta opinión sobre el formalismo de los sabinianos (Gayo, II, § 231). Podía suspenderse o limitarse por un término o por una condición, lo cual no podía efectuarse en las demás tutelas (I, § 3, *eod.*).

Y, finalmente, está permitido al jefe de familia designar en su testamento uno o varios tutores. La pluralidad de los tutores era muy frecuente entre los romanos, pues el pupilo encontraba protección y garantías más completas (2).

105. (1) Cf. Modestino, L. 1, §§ 1 y 2, D., *de confirm. tut.*, XXVI, 3.—Neratio, L. 2, pr. D., *eod.*—Paulo, L. 4, D., *eod.*

N. del T.—Se deduce del texto, aunque no se consigna expresamente, que, para ser nombrado tutor en testamento, era preciso tener la cualidad de ciudadano y además ser apto para desempeñar cargos públicos, porque la tutela es uno de ellos. En cuanto a lo primero, L. 61, D. *de testam. tut.*, ya indica «... *cum quibus testamenti factio est*»; es decir, sólo se podía hacer el nombramiento en favor de quien puede hacer disposiciones testamentarias, y la testamentifacción no se tiene con los extranjeros. Respecto a lo segundo, la L. 16, D., *de tut.*, afirma *tutela plerumque virile officium est*, y por esto sólo se da la tutela a los hombres. Las mujeres sólo eran llamadas a ella excepcionalmente, cuando concedía el príncipe a una madre o abuela la tutela de sus hijos o nietos (L. 17, D. *eod.* y Novela, 118 c. V.).

(2) En virtud de un derecho propio, el tutor testamentario puede rechazar (*abdicare*) la tutela que se le difiere (Ulpiano, XI, § 17). Pero bajo Justiniano parece que desapareció esta prerrogativa.

106.—*Tutela legítima de los agnados* (I., de *legit. agnat. tutela*, I, 15). En defecto de tutor testamentario se abre la tutela legítima de los agnados (1). La ley de las XII tablas indica como tutor al agnado más próximo, y habiendo varios en el mismo grado, son todos tutores (Gayo, I, § 164).

Justiniano, al crear un nuevo sistema de sucesiones *ab intestato*, modificó completamente los principios de esa tutela (Nov. 118, c. 5), y desde entonces los derechos de la familia natural aventajan a los de la familia civil. La tutela y la sucesión son otorgadas al pariente más próximo, bien sea agnado o cognado, y es deferida a la madre o al abuelo del impúbbero, con preferencia a los colaterales.

III. *Tutela legítima de los gentiles.*—En el Derecho antiguo, y no habiendo agnado, pasaba la sucesión a los *gentiles*, y, por tanto, también la tutela debía de serles concedida. Es lo que resulta, en ausencia de un texto preciso, de la correlación observada por la ley de las XII tablas entre la vocación a la tutela y la vocación a la sucesión *ab intestato* (2). Esta legítima tutela desapareció con la gentilidad, recurriendo para reemplazarla al nombramiento del tutor por el magistrado.

107.—**IV.** *Tutela deferida por el magistrado* (1) (I., de *atit. tut.*, I, 20).—Cuando la gentilidad cayó en desuso, se preocuparon de llenar este vacío asegurando un tutor al impúbbero que no tenía agnados. Este fué el objeto de dos leyes.

a) La ley *Atilia*, cuya fecha no es segura, aunque anterior al año 557 (Tito Livio, XXXIX, 9), da derecho a nombrar los tutores en Roma al pretor urbano y a la mayoría de los tribunos de la plebe. Es un derecho propio distinto de las atribuciones ordinarias de los magistrados, y no susceptible de delegación (L. 6, § 2, D., de *tutel.*, XXVI, 1).

b) La ley *Julia Titia*, del año 723 de Roma, concede el mismo poder al presidente en las provincias (2).

Este sistema de designación fué modificado con alguna frecuencia bajo el Imperio. En Roma, y bajo el emperador Claudio, pasa a los cónsules el derecho de nombrar tutores (Suetonio, Claudio, 23). Marco Aurelio creó para este cargo un pretor especial *praetor tutelaris* (Capitolino Marco Aurelio, 10), que más tarde compartió su competencia con el prefecto de la villa. Estos magistrados superiores sólo podían nombrar un tutor después de información sobre su moralidad y fortuna (I., §§ 3 y 4, de *at. tut.*, I, 20). En provincias, los presidentes permanecieron siendo competentes para los pupilos más ricos, con la garantía de una información.

Para los otros, los magistrados municipales que tuvieron primero la misión de presentar los tutores a gusto del presidente (*nominare tutores*) fueron bajo el Imperio encargados de nombrarlos ellos mismos. Lo hacían sin información alguna y bajo su responsabilidad (I., § 5, *eod.*).

El nombramiento del tutor por el magistrado era necesario no habiendo ni tutor testamentario ni tutor legítimo. Pero si el tutor testamentario era nombrado a partir de la llegada de un término o una condición, o si estaba prisionero del enemigo o enfermo de locura, era

106. (1) Gayo, I, § 155: *Quibus testamento quidem tutor datus non sit tis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.*

(2) Gayo hablaba, sin duda, de la tutela de los gentiles en una página que quedó ilegible seguida del § 164, I.—Cf. III, § 17.

107. (1) Modestino llama *dativus* al tutor nombrado por el magistrado (L. 7, D., *rem pupil. salv.*, XLVI, 6). Pero, generalmente, los juriconsultos indican con esta expresión al tutor testamentario. Cf. Gayo, I, § 154.—Ulpiano, XI, § 14 (V. n.º 104, nota 1).

(2) Cf. Gayo, I, § 185.—Según la paráfrasis de Teófilo sobre este texto, se trata de dos leyes distintas: la ley Julia y la ley Titia. En el mismo sentido hablan de la ley Titia los fragmentos del Sinaí (§ 20). Estas leyes debían de ser anteriores a Augusto y acaso también a Cicerón (Act. 2.ª, in Ver., I, 56).

necesario abrir la tutela legítima de los agnados mientras se esperaba la época fijada, la vuelta de su cautiverio, o su curación. Los juriscultos se admiran con razón que fuesen separados los agnados. En efecto, debido al azar del nacimiento, la tutela legítima pertenecía casi siempre a un agnado, colateral lejano, sin ninguna garantía de capacidad ni de afección para el pupilo. El tutor interino era también en igual caso designado por el magistrado (3).

Todos los interesados por el pupilo podían provocar este nombramiento. Eran personas obligadas: la madre, bajo pena de perder el derecho a la herencia: el manumitido por los hijos impúberos del patrono (L. 2, pr. y § 1, D., *qui pel. tut.*, XXVI, 6) (4).

b) *Hipótesis especiales.*

108.—I. *Tutela legítima del patrono y de sus hijos* (I., de *legit. patron. tutela*, I, 17). Cuando el impúbero queda manumitido comienza una nueva familia y no puede tener ni tutor testamentario ni tutor legítimo agnado.

Se extendió por interpretación el principio de la ley de las XII tablas, y como llamaba al *patrono* y a sus *hijos agnados* a la sucesión del manumitido, se les daba también la tutela. Por tanto, el patrono es el tutor legítimo del manumitido impúbero, y si muere, esta tutela legítima pasa a los hijos que tenía bajo su potestad directa y que heredan los derechos del patronato (Gayo, I., § 165). Habiendo varios patronos se repartían la tutela; pero una patrona no podía nunca ser tutora (L. 3, 4, D., de *legit. tut.*, XXVI, 4).

II. *Tutela legítima del ascendiente emancipador* (I., de *legit. parent. tutela*, I, 18).—Esta tutela se concede a imitación de la del patrono.

En efecto, el ascendiente emancipador que habiendo tenido cuidado de volver a emancipar al hijo después de la tercera mancipación, y le manumite, representa el papel de un patrono. Es, pues, tutor del emancipado impúbero, y le dan, *honoris causa*, el título de tutor legítimo (1).

III. *Tutela fiduciaria* (I., de *fiduc. tutela*, I, 19).—En la época clásica, la *tutela fiduciaria* se presenta en los dos casos siguientes:

a) A la muerte del padre emancipador, tutor legítimo del emancipado, sus hijos agnados quedan tutores *fiduciarios* de su hermano impúbero.

Es la diferencia que hay con los hijos del patrono, que son tutores *legítimos* como su padre. Pero la tutela del padre emancipador, en realidad no es más que una tutela fiduciaria que se ha reservado *contracta fiducia*; se le llama *tutor legítimo* por su título de padre, cuya razón ya no existe para sus hijos.

b) En caso de emancipación de un impúbero, el *manumisor extraneus* que le libértó representa el papel de patrono, siéndole concedida la tutela. Es un tutor *fiduciario* porque existe entre él y el jefe de fa-

(3) Ulpiano, en la ley 11, pr., D., de *test. ut.*, XXVI, 2, después de dar la solución, expone en estos términos el principio general: *Sciendum est enim quamdiu testamentaria tutela speratur legitimam cessare.*

(4) El tutor nombrado en virtud de las leyes *Atilia* o *Julia Titia* disfrutaba de un privilegio especial en la época clásica. Además de la facultad para invocar excusas ordinarias, podía descargarse de la tutela ejerciendo los *jus nominandi potiore*, es decir, designando una persona solvente, honesta y preferible a él, a causa de su parentesco con el pupilo (Fr. Vat., §§ 157 y 158). Sólo podía usar de este derecho no siendo él mismo pariente ni aliado del pupilo, en el grado expresado por las leyes caducarias (Fr. Vat., §§ 214 a 219). Bajo Justiniano, ya sólo fué cuestión de los *jus nominandi potiore*.

108. (1) Gayo, I, § 172: *Cum is legitimus tutor habeatur, et non minus huc quam patronis honor praestandus sit.*

milia un pacto de *fiducia*, para obligarle a manumitir al hijo después de la tercera mancipación (Ulpiano, XI, § 5). Bajo Justiniano desapareció este caso de tutela fiduciaria, con las formas antiguas de la emancipación.

III.—De las funciones del tutor.

109.—Las costumbres imponían a los tutores ciertos deberes para con el pupilo. Debía tomarse en cualquier circunstancia la defensa de sus intereses, estando considerado este deber como aún más sagrado que el del patrono con su cliente (1).

En cuanto a las funciones legales del tutor, los romanos admitían una sabia distinción, que debemos estar pesados de no tenerla en nuestras leyes (Cf. art. 108 y 450, C. C.). El tutor se ocupa de la fortuna del pupilo, y no de su guarda ni de su educación. Casi siempre era el pretor el llamado a designar en presencia de los parientes más próximos del impúbere, la persona destinada a educarle, fijando también las cantidades necesarias para ello. Este nombramiento podía hacerle la madre, el abuelo o cualquier otra persona cuyos méritos y afecciones fuesen garantía para asegurar la buena educación del impúbere (Cf. D., *ubi pupil educ.* XXVII, 2). El tutor debe velar únicamente por los intereses pecuniarios del pupilo; así que no hay que equivocarse en el sentido de esta regla *tutor personae non rei vel causae datur* (2), pues no quiere decir que tenga cuidado de la persona del pupilo. Significa que el tutor está dado no para un bien o un negocio especial, pero sí para completar la personalidad jurídica del impúbere y administrar el conjunto de su patrimonio.

Antes de empezar a ejercer su cargo, el tutor debe someterse a cierto número de formalidades que le son impuestas para defender los intereses del pupilo. Hablaremos de ello antes de estudiar sus cargos, propiamente dichos.

109 bis.—I. *Formalidades impuestas al tutor antes de entrar en funciones.*—1. Lo primero que debe hacer un tutor es un inventario de los bienes del pupilo. El objeto de esta formalidad es asegurar la restitución al fin de la tutela. Si el tutor no ha hecho inventario sin excusa legítima, se le considera culpable de fraude, obligándole a indemnizar al pupilo del perjuicio que haya podido causarle, cuya indemnización se fija después del juramento del incapaz, L. 7, *pr.*, D., *de adm. et per. tut.* XXVI, 7).

2. Algunos tutores deben suministrar la *satisfactio*; es decir, prometer por estipulación conservar intacto el patrimonio del pupilo, *rem pupilli salvam fore*, y presentar fiadores solventes que tomen el mismo compromiso (Gayo, I, § 199). La promesa se hace al pupilo. Estando ausente, o no hablando todavía, estipula por él uno de sus esclavos, y no teniendo esclavo, o no pudiendo comprarle, se hace estipular a un esclavo público. Desde el momento en que el pupilo puede ya hablar, se le permite a él hacerlo (1).

109. (1) Aulo Gelio, *Noct. at.*, V, 13: *Constabant... ex moribus populi romani, primum juxta parentes locum tenere pupilos debere, fidei tutelaeque nostrae creditos; secundum eos proximum locum clientes habere...*

(2) Ulpiano, L. 12, D., *de test. tut.*, XXVI, 2: *Certarum rerum vel causarum tutor dari non potest.*—Marciano, L. 14, D., *eod.*: *Quia personae, non rei vel causae datur.*—1, § 17, *de exec. tut.*, I, 25: *Datus tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.*

109 bis. (1) Cf. Ulpiano, L. 2, D., *rem pup. salv.*, XLVI, 6.—Gayo, L. 6, D., *eod.*—Se terminó por admitir que los fiadores designados por el tutor que hubiesen dejado inscribir en su presencia su nombre en los actos públicos, sin oponerse, quedaban obligados como si hubiese existido estipulación.

Los tutores testamentarios y los nombrados después de información por los magistrados superiores no están sometidos a esta obligación. Sólo se impone a los tutores legítimos y a los que fueron nombrados por los magistrados locales sin información alguna, porque inspiraban menos confianza. Para los primeros era el pretor y aquellos magistrados para los otros, a los que pertenecía cuidar de que el tutor diera esta garantía. A veces también podía exigirse por el juez en el curso de un proceso (2).

La formalidad de la *satisfactio* parece haber sido introducida por los cónsules bastante tiempo después de la ley Atilia (I, § 3, *de at. tut.* I, 20). Fué en seguida reglamentada por constituciones, de donde resultaba que si el tutor no daba garantía podía forzársele con una valoración de garantía sobre sus bienes propios en beneficio del pupilo (I., § 3, *de satisf. tut.*, I, 24).

3. Una última formalidad se impone al tutor en el Derecho de Justiniano. Este emperador tomó en la Novela 72 cierto número de medidas destinadas a proteger los intereses del pupilo cuando era acreedor o deudor del tutor. Este, antes de hacerse cargo, debe declararlo al magistrado, y esta declaración le hace excluir de la tutela. Si no ha dicho nada, siendo acreedor queda desposeído de su crédito; o siendo deudor no puede prevalerse de ningún pago hecho en el curso de la tutela (Novela 72, c. 3 y 4.—Cf. art. 451, C. C.).

110.—II. De la "auctoritas" y de la "gestio" del tutor.—El tutor, una vez que ha entrado en funciones, debe intervenir en el cumplimiento de los actos jurídicos necesarios para la administración de los bienes del pupilo. Se emplean dos procedimientos. Tan pronto obra solo el autor, *negotia gerit*, como es el pupilo el que obra con la *auctoritas* del tutor (1).

Estudiaremos la *auctoritas* y la *gestio* del tutor, suponiendo que sólo hay uno. Después veremos las consecuencias de la pluralidad de los tutores.

1. De la "auctoritas".—Se llama así la cooperación, el concurso del tutor a un acto realizado por el pupilo, en el cual aumenta y completa la personalidad con su presencia (2).

Es probable que en su origen el tutor debía dar la *auctoritas* en términos consagrados y contestando a una interrogación. Esta solemnidad desapareció en la época clásica (Paulo, L. D., *de auct. et cons. tut.*, XXVI, 8). La *auctoritas*, en primer lugar, no es un consentimiento ordinario, porque está sometida a los principios siguientes: a) No puede darse por mensajero ni por carta, ni tampoco una vez efectuado el acto. El tutor debe estar *presente* en el momento del acto (L. 9, § 5, D., *eod.*); b) Además, no lleva ni término ni condición expresamente formulados, pues el tutor completa o no completa con su *presencia* la personalidad jurídica del pupilo (L. 8, D., *eod.*); c) Es también voluntaria. El tutor no puede ser contradicho por el magistrado, pues es juez de lo que crea bueno o malo para el pupilo. Si por su negativa causa un perjuicio al impúbero, debe indemnizarle al fin de la tutoría (L. 17, D., *eod.*), habiendo también casos en que no le podía dar su *auctoritas*. Esto sucedía cuando estuviera interesado en el acto, por ejemplo, si sostenía un proceso contra su pupilo; y entonces el magistrado nom-

(2) Gayo, I, §§ 199 y 200.—V. también n.º 117, 2, y el n.º 335, III, 1.

110. (1) Ulpiano, XI, § 25: *Pupillorum pupillarumque tutores et negotia gerunt et auctoritatem interponunt.*

(2) Es de esta idea de aumento de la personalidad incompleta del pupilo (*aucta*) de donde viene, sin duda, la palabra *auctoritas*. No hay en nuestro lenguaje expresión que pueda traducirlo exactamente.

braba para el impúbero un tutor o un curador especial (3). En caso de pluralidad de tutores, daba otro la *auctoritas*.

El acto por el cual el tutor da su *auctoritas* es siempre un acto ejecutado por el mismo pupilo, pues es en la persona del pupilo donde se realizan las consecuencias del acto, y también es él, según los casos, quien se hace propietario, acreedor o deudor. El tutor queda extraño a los resultados de la operación.

2. De la "*gestio*".—Se dice que el tutor administra o regenta, *negotia gerit*, cuando realiza solo un acto interesando el patrimonio del pupilo.

En su origen, el tutor no podía regentar legalmente; era porque entonces no había más que tutores testamentarios, escogidos con mucho cuidado por el jefe de familia, o por tutores legítimos personalmente interesados en administrar bien el patrimonio que algún día podía corresponderles por herencia. Pero más tarde, cuando hubo tutores nombrados por el magistrado, sucedió de otra manera, y les fué impuesta la obligación de administrar, no por las leyes *Atilia* y *Julia Titia*, que eran imperfectas para esto (I, § 3, de *atil. tut.*, I, 20), sino por los cónsules (Fr. Vat. § 155, *in fine*). Bajo Marco Aurelio, todos los tutores estaban obligados a administrar, haciéndose responsables del defecto de su gestión (4).

El efecto de la *gestio* es muy distinto al de la *auctoritas*. En efecto, el tutor que administra obra como como lo haría un mandatario; por tanto, el Derecho Romano no admitía nuestro moderno principio, en virtud del cual, el mandatario representa al mandante. Cuando un ciudadano cumplía por otro un acto jurídico, las consecuencias del acto se realizaban en su persona como si hubiera obrado por sí mismo (V. n.º 392). Entonces era el tutor quien, seguidamente de la operación, se hacía propietario, acreedor o deudor, y como en definitiva era necesario que el pupilo disfrutase del acto o sufriese los efectos, el tutor debía rendirle cuentas al final de la tutela; tenía que ceder al pupilo los derechos para él adquiridos, y, por justa reciprocidad, reembolsarse sus anticipos. Por eso la rendición de cuentas era una consecuencia necesaria de la *gestio* y no de la *auctoritas*.

Este sistema tenía grandes inconvenientes, puesto que cada parte se exponía a sufrir la insolvencia de la otra parte. Primero se modificó hacia el fin del siglo I de nuestra era por la adquisición de la posesión (V. n.º 166 y 167) y de la transferencia de la propiedad por tradición (V. n.º 261). Cuando, por cuenta del pupilo, el tutor adquiría alguna cosa y de ella recibía tradición, se admitía que la propiedad se había adquirido para el pupilo por intervención del tutor. Por otra parte, y en materia de obligaciones, fueron atenuadas las consecuencias al fin

(3) Gayo, I, § 184.—V. n.º 131, a.

N. del T.—El dualismo en las funciones del tutor (*auctoritas, gestio*) proviene de que, según el derecho primitivo y riguroso de los romanos, un ciudadano no podía ser representado por otro en la mayor parte de los actos del Derecho civil. En casi todos estos actos, en efecto, como en los procedimientos solemnes de las *legis actiones*, en las *manipaciones* y sus derivados, en las *stipulaciones* y *acceptilationes*, era preciso pronunciar palabras solemnes, cuyo beneficio no podía literalmente aplicarse más que a la persona que las había pronunciado. En la imposibilidad de sustituir al pupilo en estos actos, el tutor no podía llegar a proteger los intereses de éste si no era obrando como un gerente de negocios en su propio nombre.

Por otra parte, como podía suceder que el pupilo, aunque pudiese pronunciar las palabras prescritas no teniendo el *plenum iudicium*, el *animi iudicium* (L. 189, D., de *reg. jur.*), no estuviera aún en estado de apreciar su trascendencia, se había exigido que, para completar su capacidad, fuese en ciertos casos asistido por su tutor. De aquí la doble función del tutor: *negotia gerit, auctoritatem interponit*.

(4) Ulpiano, L. 1, pr. D., de *adm. et per tut.*, XXVI, 7; *Gerere atque administrare tutelam extra ordinem tutor cogi solet.*—§ 1: *Ex quo scit se tutorem datum, si cesset tutor, suo periculo cessat. Id enim a Divo Marco constitutum est: ut qui scit se tutorem datum, nec excusationem, si quam habet, allegat intra tempora praestituta, suo periculo cesset.*

de la tutela. Si el tutor se ha hecho acreedor o deudor de un tercero, a causa de su gestión, y sus obligaciones no han sido aún ejecutadas al llegar el pupilo a la pubertad, se da acción *utilitatis causa* al pupilo hecho púbero contra el tercero, o al tercero contra él. En cuanto al tutor, queda a cubierto de toda persecución. Este nuevo progreso se realizó hacia el fin del II siglo de nuestra era (5).

III.—III. *Casos de aplicación de la "auctoritas" y de la "gestio".*—El tutor no es libre de usar arbitrariamente, en uno u otro caso, de estos dos procedimientos; es, más que nada, la edad del pupilo lo que hace regla para su empleo, pues es evidente que un pupilo demasiado joven no puede figurar en un acto jurídico, ni aun con la *auctoritas* del tutor, lo que en contrario es posible, habiendo salido ya de la infancia. Por tanto, hay que distinguir dos períodos: uno, estando el pupilo *infans*, y el otro, siendo *major infantia*.

112.—*El pupilo es "infans".*—La *infantia* duraba hasta los siete años. Sin duda, el niño ya habla antes de esa edad, aunque el lenguaje sea aún imperfecto, y tampoco tiene el discernimiento necesario para darse cuenta de un acto jurídico (1). Por eso, en este período, la regla es que administre el tutor, realizando él solo los actos necesarios para que el patrimonio del pupilo esté bien administrado. Sin embargo, se presentaba una dificultad cuando el acto no podía realizarse sin intervención de la persona interesada: por ejemplo, tratándose de enajenar alguna cosa por *mancipatio* o *in jure cesio*, de sostener un proceso bajo las acciones de la ley, o bien de aceptar una herencia. En un principio fué necesario esperar a que el pupilo hubiese salido de la *infantia*. Pero este retraso podía serle perjudicial, si su interés exigía el pronto ejercicio de una acción, o cuando estuviese abierta alguna herencia en su favor, lo cual, en los dos casos, se remediaba de la manera siguiente: a) Bajo las acciones de la ley no se puede uno, en justicia, hacer reemplazar. Por favor hacia el *infans*, se admitía que el tutor figurase en el proceso en su lugar (V. n.º 715, 4). Esta excepción ya no es útil en el procedimiento formulario, pues a todos les es permitido tener un sustituto, bien sea como demandante o como defensor (V. n.º 735); b) Una herencia, aun frustrada, le corresponde al pupilo en pleno derecho, siendo heredero *suyo y forzoso*; pero fuera de esta hipótesis, es necesario que acepte o repudie, siendo él quien únicamente puede hacerlo; así que no puede llamarse a la parte mientras no sea capaz de manifestar su voluntad; pero, así y todo, se admite por favor que en cuanto el *infans* pudiese hablar, aun siendo inconsciente de sus actos, le era permitido aceptar la herencia con la *auctoritas* del tutor (Paulo, L. 9. D., de *adq. vel omit. her.*, XXIX, 2). Más tarde, Teodosio y Valentiniano decidieron que el tutor podía aceptar la herencia para el pupilo mientras no hubiese salido de la *infantia*, es decir, mientras no tuviese los siete años (L. 18, § 2, C., de *jur. delib.*, VI, 30, año 426). Es la *aceptación*

(5) Se extendió también a los menores de veinticinco años que tenían curadores permanentes.—Cf. D., XXV, 9: *Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.*—Caracalla, L. 1, *ead.*, V. 39: *Nam tutores curatores que finilo officio non esse conveniendos ex administratione pupillorum vel adolescentium saepe decretum est.*

112. (1) Según la etimología (*in fari*), el *infans* es el que aún no habla correctamente, y durante los primeros siglos, la *infantia* se debió limitar de hecho a este período variable. Por otra parte, también es cierto que desde el siglo V de nuestra era el *infans* era el que no tenía aún siete años.—Cf. Arcadio, Honorio y Teodosio. L. 8, pr., C. Th., de *bon. mal.*, VIII, 18, año 407.—Teodosio y Valentiniano (L. 18, C., de *jur. delib.*, VI, 30, año 426). Pero, a pesar de la opinión contraria de varios autores, creemos no haya sido una innovación del Bajo Imperio, y que desde el fin de la República la duración de la *infantia* sea a los siete años, bajo la influencia de la filosofía griega. Es una noción corriente en los historiadores y literatos (Cf. Quintiliano, *Inst. orat.*, I, 1, 4.—Juvenal, *Sat.*, XIV, v. 10 y sig.).—Desde entonces, y al encontrarla expresada por Ulpiano en la L. 1, § 2, D. de *adm. et per. tut.*, XXVI, 7, ya no hay razón decisiva para declarar añadido este texto.

única permitida al tutor; para *repudiar* la herencia no hay que esperar ningún inconveniente.

113.—*El pupilo es "major infantia"*.—El pupilo que tiene siete años cumplidos ya ha salido de la infancia; entonces es *major infantia*. ¿Hay que subdividir el tiempo que falta transcurrir hasta la pubertad? Los textos señalan una distinción entre el *infantiae proximus*, que no tiene aún más discernimiento que el *infans*, y el *pubertati proximus*, que comprende el alcance de sus actos; distinción, sin duda, fundada en el hecho del desarrollo intelectual de cada pupilo. Pero desde la época de Gayo (III, § 109), el *infantiae proximus* está por favor asimilado al *pubertati proximus*, desde el punto de vista de la capacidad. Sólo hay una diferencia entre ellos, y es que el *pubertati proximus* es el único responsable de sus delitos (Gayo, III, § 208).

114.—¿Cómo se procedió en este período en los actos jurídicos que interesaban al pupilo? La gestión del tutor interviene sólo en caso excepcional, por ejemplo, si el pupilo está ausente o si ha ido a Grecia para completar su educación. En un principio es el pupilo quien obra. En efecto, ya hemos indicado los inconvenientes de la gestión del tutor que no represente al pupilo, siendo, por tanto, natural dejar a un lado este procedimiento, toda vez que ya no es imprescindible. Es lo que ocurre cuando el pupilo sale ya de la infancia, tiene una personalidad y puede obrar él mismo (1), aunque aún no tiene experiencia. Es necesario, por eso, que su personalidad se complete con la *auctoritas* del tutor; pero, sin embargo, tratándose de un acto que no le puede ser ventajoso, lo cumple solo, legalmente.

He aquí la regla sobre este punto: *el pupilo, obrando por su cuenta, puede hacer mejor su condición, y para hacer ésta peor, le es necesario la "auctoritas" del tutor* (2).

Por aplicación de esta regla, el pupilo, sin la *auctoritas* del tutor, puede: hacerse acreedor, por ejemplo, estipulando; recibir una remisión de deuda o adquirir la propiedad de una cosa o de un derecho real.

Pero la *auctoritas* del tutor es necesaria para los siguientes casos: Para hacerse deudor, por ejemplo, comprometiéndose por estipulación; para hacer una remisión de deuda; para transferir la propiedad de una cosa o constituir un derecho real; para mantener un proceso; para recibir un pago que extinga su crédito (3). No es que estos actos sean de naturaleza a hacer siempre peor la condición del pupilo; pero, por lo menos, son susceptibles de ello. Para realizarlos con fruto, es necesario una razón y una experiencia que le falta; con lo que mal iba a defender sus intereses, perdiendo el proceso, enajenando un bien en malas condiciones y disipando el dinero que le hayan pagado; por eso es necesaria la *auctoritas* del tutor.

115.—Sólo hemos citado actos sencillos para los cuales se aplica la regla sin dificultad ninguna. La solución es más delicada tratándose de actos que pueden producir efectos complejos. He aquí algunos ejemplos:

a) *Venta*. En este contrato, el vendedor se hace deudor del objeto vendido y acreedor del precio; así, pues, si el pupilo ha vendido solo un objeto que formaba parte de su patrimonio, se hace acreedor del precio,

114. (1) En nuestro Derecho, donde se admite la representación del mandante por el mandatario, no hay ningún inconveniente en dejar la administración al tutor. Como también continúa representando al pupilo en la mayor parte de los actos de la vida civil hasta el fin de la tutela (art. 450, C. C.).

(2) I, pr., de auct. tut., l. 21... *Namque placuit meliorem quidem suam conditionem Hecere eis facere citam sine tutoris auctoritate, deteriore vero non aliter quam tutore auctore.*

(3) Sobre la continuación de un pago hecho a un pupilo o a un menor de veinticinco años V. n.º 129 y nota.

pero no deudor del objeto (1). Esta solución teórica tendía a un resultado contrario a la equidad, pues nadie debe, en efecto, enriquecerse a costa de los demás (L. 206, D., *de reg. jur.*, L. 17), aplicándose esta regla lo mismo al pupilo que a las personas púberas. Además, la venta forma un todo indivisible, y sería imposible valorarla por partes solamente. Por consiguiente, en la práctica, si el pupilo reclama el precio, es a cargo de entregar el objeto, y guardando éste, no puede ni exigir ni retener el precio. En suma, queda libre de mantener la venta o de anularla. Hoy podemos decir: el contrato está afectado de una *nulidad relativa* que sólo el pupilo puede invocar. Esta nulidad no puede ocultarse si queriendo mantener la venta entregó el objeto siendo aún pupilo y sin la *autoritas* del tutor, pues no puede enajenar solo válidamente, y queda dueño de poder reivindicarla. La nulidad sólo se borra si ha enajenado el objeto con la *autoritas* del tutor, o una vez hecho púbero.

b) *Herencia*.—La aceptación de una herencia recaída en el pupilo es también un acto complejo en sus efectos, pues una herencia es un patrimonio que comprende bienes y deudas. ¿Se puede pensar que el pupilo adquiera los bienes sin las deudas, si acepta solo la herencia? No; puesto que, al aceptar, se hace el continuador de la persona del difunto, y este resultado no puede dividirse, así que no puede legalmente aceptar nada más que con la *autoritas* del tutor (2). Poco importa que, en realidad, no haya obligaciones; es un hecho bastante raro que no puede influir en la regla de derecho. En cambio, el pupilo no tiene necesidad de la *autoritas* cuando es heredero suyo y forzoso, pues entonces adquiere la herencia de pleno derecho (I., § 3, *de hered. quae ab. int.*, III, 1).

c) *Préstamo*.—El pupilo, obrando por su cuenta, ha pedido prestada una suma de dinero. Según los principios precedentes, se hace propietario de esta suma; pero habiendo contrato de *mutuum*, no está obligado a devolverla. Esta solución era muy contraria a la equidad para no ser modificada; así que se decidió de manera general que el pupilo quedaba obligado civilmente hasta la concurrencia de su enriquecimiento (3).

116.—IV. *Restricciones a los poderes del tutor*.—Los dos procedimientos que acabamos de estudiar, la *gestio* y la *autoritas*, permiten al tutor cumplir todos los actos necesarios de la administración del patrimonio del impúbero. Disfruta sobre esto de amplios poderes, y, administrando, puede hacer todo lo que pudiera hacer un propietario, aunque únicamente en interés del pupilo (1). Este principio admite excepciones, y estos poderes tienen sus límites. Hay, especialmente, algunos actos que están prohibidos, lo mismo al tutor solo que al pupilo asistido del tutor. Veamos cuáles son estas restricciones:

1.^a El tutor no puede hacer con los bienes del pupilo, ni convalidar por su *autoritas*, donación de ninguna clase, ni aun a título de dote

115. (1) I, pr. *de auct. tut.*, I, 21... *Unde in his causis ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt obligantur, at vicem pupilli non obligantur.*

(2) I, § 1, eod.: *Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, quamvis lucrosa sit, neque ullum damnum habeat.*

(3) Ulpiano, en este sentido, cita un rescripto de Antonino el Píadoso, L. 5, pr., *in fine*, D., *de auct. tut.*, XXVI, 3: *Nam in pupillum non tantum tutori sed cuius actionem, in quantum locupletior factus est, dandum Divus Pius rescripsit.*—En todos los casos donde el pupilo no está obligado civilmente, por no haber contratado con la *autoritas* del tutor, ¿está al menos obligado naturalmente? Esta cuestión parece haber sido objeto de controversia entre los romanos (V. n.º 529, 3).

116. (1) Paulo, L. 27, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7: *Tutor qui tutelam gerit, quantum ad providentiam pupillarem domini loco haberi debet.*

para una hermana del impúbero. Los regalos de costumbre, en proporción a la fortuna del pupilo, es lo único autorizado. (Paul, L. 12, § 3, y L. 22, D., *de adm. et per. tut.* XXVI, 7).

2.^a Un senadoconsulto dado bajo Septimio Severo, *oratio Severi*, prohibió la enajenación de los *praedia rustica* o *suburbana* pertenecientes al pupilo (L. 1, pr. §§ 1 y 2, D., *de reb. eor.*, XXVII, 9). Son los fundos de tierra destinados al cultivo, bien en los pueblos o en las inmediaciones de las ciudades, y, en general, todos los dominios sobre los cuales las casas sólo tienen una importancia secundaria. Esto constituye el elemento más sólido de la fortuna, por oposición a las casas *praedia urbana* y a los muebles, expuestos a deteriorarse. La enajenación hecha a pesar del senadoconsulto se consideraba nula, no pudiendo además usucapirla el comprador. La hipoteca estaba prohibida, lo mismo que la enajenación.

Esta prohibición de enajenar sufría, sin embargo, excepción en los casos siguientes: a) Cuando el padre de familia, en la herencia en la que el pupilo recibía estos bienes, ordenaba la venta en su testamento; b) Tratándose de una enajenación necesaria, bien sea por estar el pupilo en la indivisión con un tercero, o bien a causa de alguna hipoteca consentida por aquel a quien hereda el pupilo; c) O también si la enajenación es útil para pagar deudas apremiantes. Entonces le pertenece al magistrado fijar los *praedia rustica* o *suburbana* que deben ser enajenados en caso de insuficiencia de otros bienes, y de autorizar la venta (Cf. L. 1, § 2, *eod.*).

Es el único caso en el cual puede dar el pretor la misma autorización, no teniendo este derecho de ninguna otra manera, aunque existiesen evidentes ventajas para el pupilo (L. 5, § 14, D., *eod.*) (2).

La prohibición establecida por el senadoconsulto de Septimio Severo la extendió Constantino a los *praedia urbana*, es decir, a las casas y a los objetos mobiliarios más costosos (L. 22, C., *de adm. tut.*, V, 37, año 326).

3. El tutor no debe hacer uso personal de las rentas o capital que administra del pupilo; su deber es emplearlas útilmente. Mientras tanto, estas sumas no quedan en sus manos: el pretor fija un lugar de depósito, casi siempre algún templo (3), siendo este depósito provisional hasta su empleo en algo ventajoso, que consiste en la adquisición de inmuebles o en su colocación con intereses. Se concede a este efecto, al tutor, un plazo de seis meses en cuanto a las sumas que encontró al hacerse cargo de la tutoría, y de dos meses solamente para las que le han sido pagadas en el curso de la tutela, pues ha debido prever antes su pago (4). A falta de empleo, el tutor debe los intereses a la tasa fijada, por el uso del lugar; y a la tasa legal, si ha descuidado el empleo, a pesar de la advertencia del magistrado, o bien si ha empleado el dinero en su uso personal (5).

117.—V. *Consecuencias de la pluralidad de tutores*.—La pluralidad de tutores, muy frecuente en Derecho Romano, tenía sus inconvenientes, tanto para la *auctoritas* como para la *gestio*.

(2) Nuestra legislación contiene sobre esto una disposición menos amplia, pero más acertada. Cf. art. 457, C. C.

(3) Es de sentir que una medida tan favorable a los intereses del pupilo no figure en nuestras leyes. El legislador italiano, en cambio, se inspiró felizmente en el artículo 287 del nuevo Código civil.

(4) Así se concilian Ulpiano, L. 7, § 11, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7, y Paulo, L. 15 D., *eod.*

(5) Ulpiano, L. 7, § 10, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7.—Bajo el Imperio, el interés legal era el 12 por 100; pero, según las regiones, se usaba en la práctica un interés menos elevado: 6, 5 ó 4 por 100.—V. sobre la tasa del interés el n.º 351.

1. *Auctoritas*.—Se hacía una distinción entre dos categorías de tutores. Los unos inspiran plena confianza, que son los tutores testamentarios escogidos por el jefe de familia, y los que nombra el magistrado después de información; la *auctoritas* de uno de ellos es suficiente (Ulpiano, XI, § 26). Los otros son los tutores legítimos y los tutores nombrados sin información, que ofrecen menos garantía; entonces se necesita la *auctoritas* de todos.

Estas reglas de la época clásica desaparecieron bajo Justiniano, quien decidió que la *auctoritas* de uno solo permitiese siempre, salvo algún acto grave, la adrogación del impúbero, y esto hacía cesar la tutela (L. 5, C., *de auctor praest.*, V. 59).

2. *Gestio*.—Los tutores pueden quedar todos encargados de administrar, bajo su responsabilidad común (L. 1, § 10, D., *de tut. et rat.*, XXVII, 3). Pero como una buena gestión es, más que nada, hecho de uno solo, el pretor hace de suerte que sólo uno administre, quedando entonces los otros como vigilantes de la gestión, y a este título responsables subsidiariamente (1).

¿Cómo se nombraba al administrador? Tratándose de tutores testamentarios nombrados después de información, uno de ellos puede ofrecer a los otros la caución *rem pupilli salvam fore*, a fin de ser él solo el encargado de administrar, quedando los otros obligados a consentirlo; a menos de ofrecer ellos la garantía, en cuyo caso los tutores administran todos juntos. Fuera de esta hipótesis, el pretor confirma el nombramiento que pudo hacer el testador, y no diciendo nada el testamento sobre este punto, los tutores eligen a quien deba administrar, y no pudiendo ponerse de acuerdo, entonces le designa el magistrado (2).

Sin embargo, si los tutores expresan su deseo, o si el testador lo ordena, puede haber división en la gestión: bien sea por razón de naturaleza de los negocios, o por circunscripciones territoriales cuando el pupilo posee bienes situados en diferentes distritos (L. 3, § 9 y L. 4, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7). Aunque cada uno, entonces, deba atenerse a sus atribuciones, no por eso quedan menos vigilantes los unos de los otros (L. 2, C., *de divid. tut.*, V, 52).

La unidad o división de la gestión influye sobre la *auctoritas*. Siendo uno solo el que administra, es él quien debe dar la *auctoritas* y estar al corriente de los negocios del pupilo. Si la gestión está dividida, sólo puede dar la *auctoritas* quien tenga el negocio con todas sus atribuciones. Sin embargo, tratándose de aceptar una herencia, cuestión independiente de los demás intereses del pupilo, la *auctoritas* puede darse hasta por un tutor que no administre (Africano, L. 49, D., *de adq. vel. omit. her.*, XXIX, 2).

IV.—Del fin de la tutela y la obligación de rendir cuentas y de las garantías del pupilo.

118.—I. *Fin de la tutela*. (1., *quib. mod. tut. fin.*, 1, 22). Las causas que ponen fin a la tutela provienen, bien de la persona del pupilo, *ex parte pupilli*, bien de la persona del tutor, *ex parte tutoris*.

117. (1) Ulpiano, L. 3, §§ 2 y 6, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7.—Esta vigilancia reemplazaba en cierta medida la del subrogado-tutor y del consejo de familia, que nuestras leyes han organizado y que no conocieron los romanos.

(2) Cf. Ulpiano, L. 17 pr. y L. 19, § 1, D., *de test. tut.*, XXVI, 2.—L. 3, §§ 1 y 7, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7.—I, § 1, *de satisf. tut.*, 1, 24.

En el primer caso, la tutela queda terminada definitivamente; en el segundo, sólo existe conclusión de las funciones del tutor; si son varios, la tutela se concentra sobre los demás; de lo contrario, hay que nombrar nuevo tutor.

1. La tutela cesa *ex parte pupilli*: a) Por la llegada de la *pubertad* (V. n.º 86, 1), aunque, sin embargo, en el Derecho antiguo, la mujer púbera estaba en tutela perpetua, por razón del sexo; b) Por la *muerte* del pupilo; c) Por su *capitis deminutio maxima*, *media* o *minima*, dándose en adrogación. (1)

2. Cesa *ex parte tutoris*: a) Por la *muerte* del tutor; b) Por su *capitis deminutio maxima* y *media*, en todos los casos; por la *minima* tratándose de un agnado, de un patrono o de un *gentilis*, tutor legítimo, pues entonces los derechos de agnación y de gentilidad se extinguen; c) Por la llegada de un *término* o de una *condición* limitando las funciones del tutor testamentario; d) Por consecuencia de una *excusa* presentada en el curso de la tutela o de la *destitución*.

119.—*Obligación de rendir cuentas*.—A la conclusión de sus funciones, el tutor debe rendir cuentas al pupilo de los bienes que le fueron confiados y que administró. En la época clásica fué de verdadera obligación rendir cuentas, sancionada por la acción *tutelar*. Veamos cómo se desarrolló esta obligación y en qué consiste.

1. Es probable que durante bastante tiempo el tutor que no tuviera obligación de administrar no estaba tampoco obligado jurídicamente a restituir. Era sólo un deber, cuyo cumplimiento se dejaba a su buena fe, pero un deber sagrado por encima de los demás deberes, y cuya violación era reprobada severamente por las costumbres (V. número 109).

La ley de las XII tablas, en interés de los pupilos, estableció dos medidas muy eficaces: a) Si el tutor se hace culpable de fraude o de alguna falta grave, los decenviros autorizan contra él, durante el curso de la tutela, una persecución, *crimen suspecti tutoris*, que tiene por objeto separarle como *sospechoso* (I., de *suspect. tut.*, I, 26). La acción es clara para todos, excepto para el pupilo, y juzga el mismo magistrado a quien es llevada la causa. Entonces se destituye al tutor infiel, siendo además tachado de infamia, a menos que no sea un ascendiente, un patrono o que sólo hubiese cometido faltas de negligencia; b) Al fin de la tutela, si se ha quedado fraudulentamente con objetos pertenecientes al pupilo, comete un delito que lleva su pena (L. 2, pr. D., de *tut. et rat.*, XXVII, 3). El pupilo puede ejercer contra él la acción de *rationibus distrahendis*, por la cual consigue una multa igual al *doble* del valor de los objetos sustraídos (1). El carácter penal de esta acción impedía que se ejerciese contra los herederos del tutor (Cf. L. 1, §§ 19 a 24, y L. 2, D., *eod.*).

Hacia el fin de la República, las costumbres fueron perdiendo su severidad primitiva, y la protección organizada por la ley de las XII tablas llegó a ser insuficiente. La destitución del tutor sospechoso no

118. (1) N. del T.—En los tiempos primitivos, la determinación de la pubertad se dejaba al padre, quien asimismo la podía fijar en su testamento. Consuetudinariamente, los jóvenes eran declarados *púberes*, *vesticipes*, en las ferias liberales (17 de marzo), después de haber cumplido los catorce años de edad; y entonces trocaban la *toga praetexta* por la *toga virilis*. En el derecho clásico prevaleció la opinión de los proculeyanos de que la pubertad empieza a los catorce años cumplidos.

N. del T.—Ciertamente que el tutor legítimo perdía también la tutela por la *capitis deminutio minima*; pero esta disposición cayó en desuso cuando las leyes confirieron la tutela a los parientes naturales (Paulo, fr. 7, pr. IV, 5; Ulpiano XI, 9; I, I, 22, § 4).

119. (1) Que esta acción haya sido creada por la ley de las XII tablas, lo afirma Trifonino, L. 55, §§ 1, D., de *adm. et per. tut.*, XXVI, 7: *Sed si ipsi tutores rem pupilli furati sunt, videamus an ea actione quae proponitur ex lege duodecim tabularum adversus tutorem in duplum, singuli in solidum teneantur.*

reparaba las consecuencias de su infidelidad, y la acción de *rationibus distrahendis* no permitía al pupilo hacerse indemnizar por las faltas o negligencias del tutor. Era necesaria una acción más amplia, extendiéndose a toda su gestión, y que obligara al tutor a rendir cuentas. Esta fué la acción *tutelae directa*. Parece que en el Derecho civil fué admitida hacia la mitad del siglo VII (2). Por su parte, el tutor también puede haber hecho gastos en favor del pupilo, y en este caso es justo que obtenga el reembolso. El pretor, entonces, le da la acción *tutelae contraria* (L. 1, pr. D., de *contr. tut.*, XXVII, 4) (3).

Desde el siglo I de nuestra era, cuando estos diversos progresos recibieron todo su desarrollo, he aquí cuáles vinieron a ser al final de la tutela las relaciones entre el tutor y el pupilo. Engendra siempre a cargo del tutor, y a veces también a cargo del pupilo, obligaciones que se consideran como nacidas *quasi ex contractu* (Gayo, L. 5, § 1, D., de *oblig.*, XLIV, 7).

a) El tutor debe restituir al pupilo su patrimonio intacto, según inventario que debe haber redactado (V. n.º 109 bis, 1). Debe devolverle todos los bienes que ha adquirido y todas las sumas que haya cobrado para él como administrador. En fin, debe indemnizarle por el perjuicio que haya podido causar una mala administración, por todas las faltas que seguramente un buen padre de familia no hubiese cometido (4), o haciendo mal uso a propósito de su *auctoritas*.

En esta rendición de cuentas, y para garantizar los intereses de las dos partes, el antiguo pupilo debe estar asistido por uno o varios curadores, siendo el tutor el obligado a promover el nombramiento (L. 5, § 5, D., de *adm. et per. tut.*, XXVI, 7).—Las obligaciones del tutor están sancionadas por la acción *tutelae directa*, ejercida por el pupilo o por sus herederos (L. 1, § 7, de *at. tut.*, I, 20). Si han administrado varios tutores, la persecución puede dividirse entre los que sean solventes. (L. 1, §§ 11y 12, D., de *tut. et rat.*, XXVII, 3.)

b) El pupilo debe indemnizar al tutor por razón de sus gastos hechos, descargándole también de las obligaciones contraídas en su interés. Puede ser obligado a ello por la acción *tutelae contraria* (Gayo, L. 5, § 1, in fine, D., de *oblig.*, XLIV, 7) (5).

119 bis.—III. *Garantías del pupilo contra la insolvencia del tutor.*—El crimen *suspecti tutoris* y la acción de *rationibus distrahendis*, que bajo el Imperio quedaron en vigor y subsistían aún en tiempos de Justiniano, protegían al pupilo contra el fraude de los tutores, aunque también había que ponerlos en guardia contra su *insolvencia*. Para dar seguridades suficientes, el Derecho Romano ha organizado un sistema de garantías muy completo.

1. El pupilo acreedor del tutor al fin de la tutela disfrutaba en

(2) Cicerón la cita entre las acciones de buena fe, según el gran pontífice Scaevola, que murió en el año 672 de Roma.—*De offic.*, III, 17.—V. n.º 273, nota 3.

(3) De creación posterior a la acción *tutelae directa*, la acción *tutelae contraria* es, por cierto, anterior al Imperio. Cf. L. 3, pr., D., de *contr. tut.*, XXVII, 4, donde Ulpiano cita la opinión de Labeon.—Pero no hay seguridad de que existiese en el tiempo de Cicerón, aunque se puede conjeturar según ciertos pasajes.—Cf. *De offic.*, III, 17.—Act. 2.ª in Ver., I, 41.

(4) En este sentido: Callistrato, L. 33, pr., D., de *adm. et per. tut.*, XXVI, 7.—Modestino, *Le Dei*, X, 2, § 3.—Ulpiano, L. 1, pr., D., de *tut. et rat.*, XXVII, 3, es verdad que sólo exige del tutor los cuidados que pone en la administración de sus bienes personales. Pero en otros textos (L. 10, D., de *adm. et per. tut.*, XXVI, 7.—L. 23, D., de *reg. jur.*, L. 17) admite la solución más rigurosa, que debió prevalecer en interés de los pupilos.

(5) El que administra los bienes de un pupilo, creyéndose tutor o sabiendo que no lo es, pero con objeto de ser útil al impúbere, es llamado *protutor*, siendo válidos todos sus actos. El pretor da contra él al pupilo una acción *pro tutela* para hacerle rendir cuentas, permitiendo al protutor ejercer la acción contraria para cobrar su indemnización. Cf. Ulpiano, L. 1, §§ 1 y 2; L. 5, D., de *eo qui pro tut.*, XXVII, 5.

la época clásica de un *privilegium exigendi* (1); es decir, que tenía derecho a cobrar, con preferencia a los acreedores quirografarios del tutor, pero no a los acreedores hipotecarios.

Más tarde, Constantino le concedió una hipoteca *tácita* y general sobre todos los bienes del tutor, a contar desde el día en que comenzó la tutela (L. 20, C., de *adm. tut.*, V. 37, año 312.—Cf. art. 2.121 y 2.135, C. C.).

2. En el caso en que el tutor haya dado *satisfactio*, el pupilo puede ejercer la acción *ex stipulatu*, bien sea contra él o contra los fiadores de la tutela (L. 1 y L. 9, D., *rem pupil.*, XLVI, 6). Tiene derecho a reclamar a uno de ellos la totalidad de lo que se le debe, sin que el fiador pueda oponer el beneficio de división (L. 12, D., *eod.*).

3. Si el pupilo no ha podido hacerse pagar del tutor ni de los fiadores, le queda otro recurso concedido por un senadoconsulto, dado bajo Trajano. Es una acción *subsidiaria* contra los magistrados municipales encargados de exigir fiadores y que o no lo hayan hecho o se hayan contentado con fiadores insolventes. La acción puede también ejercerse contra los herederos (I., § 2, de *satisf. tut.*, I, 24.—L. 5, C., de *magistr. conv.*, V. 75).

4. Y, por último, el pretor concede al pupilo una última garantía a falta de otras. Es la rescisión, con la ayuda de la *in integrum restitutio*, de los actos que le hayan causado un perjuicio y que hayan sido ejecutados por el tutor solo o por el impúbere con la *auctoritas* del tutor (2).

2.—De la tutela perpetua de las mujeres púberas.

120.—En Roma, en el Derecho antiguo, las mujeres púberas *juris* estaban en tutela perpetua.

Esta institución parece remontarse a la más alta antigüedad. Los textos están acordes en señalar como razón de ello la ligereza del carácter de la mujer y su inexperiencia de los negocios (1). Pero sometiénola a tutela perpetua, parece ser haber pensado menos en su protección que en salvar su fortuna en interés de sus agnados. En efecto, Gayo, hablando de la tutela legítima del patrono y de sus ascendientes, dice que tiene por objeto impedir que la mujer pueda hacer enajenaciones entre vivos o testar en perjuicio de las personas que deban heredaria *ab intestato* (2). Esta consideración, debió, sin duda, de generalizarse, poniéndose de acuerdo al pensar que es en la conservación de los bienes de la mujer en beneficio de sus agnados donde hay que buscar la idea primera de la tutela perpetua (3). No tiene, pues, su fuente en el Derecho

119 bis. (1) Cf. sobre este privilegio: Papiniano, L. 42, D., de *adm. et per. tut.*, XXVI, 7 Paulo, L. 22, D., de *tut. et rat.*, XXVII, 3.—Hermogeniano, L. 25, D., *eod.*

(2) Modestino, L. 29, pr., D., de *minor.*, IV, 4, Scaevola, L. 47, pr., D., *eod.*—V. para la *in integrum restitutio* el n.º 126, y para su aplicación en caso de pago hecho por un tercero al pupilo el n.º 129.

120. (1) Ulpiano, XI, § 1: *Tutores constituuntur... feminis autem tam impuberibus quam puberibus, e propter sezus infirmitatem et propter forensium rerum ignorantiam.*—Cicerón, *Pro Murena*, 12.—Tito Livio, XXIV, 2.—Sin embargo, Gayo, aun marcando la misma razón (I, § 144), hace constar (I, § 190) que es más especiosa que verídica: *magis speciosa videtur quam vera.*

(2) Gayo, I, § 192: *Sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelliguntur...; eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuorum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aera alieno, minus locuples ad eos hereditas perveniat.*

(3) Otras dos razones confirman esta conjetura: a) Según la *laudatio* de Turia (Girard, *Textos*, pág. 317), las mujeres sólo estaban sometidas a la tutela legítima de los agnados

natural como la de los impúberos; es de Derecho civil por su principio y organización (4).

Después de haber quedado en vigor durante los primeros siglos de Roma, la tutela perpetua se fué debilitando poco a poco hasta que desapareció bajo el Imperio.

1. *Tutela perpetua en el Derecho antiguo.*—Esta tutela está admitida como la de los impúberos, y pertenece en los mismos casos a tutores testamentarios, legítimos, fiduciarios o nombrados por el magistrado (Gayo, I, §§ 144, 157, 165 y 166.—Ulpiano, XI, § 18). La tutela legítima constituía para el tutor de la mujer púbera un verdadero derecho. Se le concedía aun estando ausente, impúbero, loco o mudo, y por consecuencia, incapaz de dar su *auctoritas*. Resultaba de esto para la mujer una imposibilidad de cumplir ciertos actos, aunque formalmente tampoco podía hacer disminuir su patrimonio, lo cual era precisamente el objeto de esta tutela (Gayo, I, § 179). El tutor legítimo tenía también derecho a ceder la tutela a un tercero, llamado *tutor cessicius*, cuyos poderes se extinguían con los del dador. Esta facultad no se concedía al tutor legítimo del impúbero, encargado de una tutela más ligera, puesto que terminaba en la pubertad (Gayo, I, §§ 168 a 170).

El tutor de la mujer púbera no tiene más cargo que dar su *auctoritas* para ciertos actos, y como no administra, no tiene que rendir cuentas al final de la tutela (Ulpiano, XI, § 25.—Gayo, I, § 191).

La mujer debe obtener la *auctoritas* de su tutor para hacer válidamente los actos que sean de tal naturaleza que tiendan a comprometer su patrimonio en perjuicio de sus herederos *ab intestato*. Por tanto, la *auctoritas* la es necesaria: para enajenar las *res mancipi*, esto es, los objetos más preciados; para hacer testamento; para aceptar una herencia; para contraer una obligación; para hacer una remisión de deuda; para sostener un proceso regulado por el Derecho civil (Cf. Gayo, I, § 192).—Ulpiano, XI, § 27). Pero tenía una capacidad más grande que la del pupilo: podía, obrando por su cuenta, enajenar sus *res nec mancipi*, prestar dinero y hacer o recibir un pago (Gayo, II, §§ 81 y 85).

La tutela para la mujer púbera sólo terminaba por la muerte, y la *capitis diminutio maxima*, *media* o *minima* cuando se daba en adrogación o *cala in manu*.

2. *Debilitación de la tutela perpetua.*—Esta institución hacia el fin de la República ya no estuvo en armonía con las costumbres, atenuando su rigor primitivo un gran número de modificaciones. En la época de Gayo, y fuera de un corto número de casos, no fué más que una vana formalidad. Veamos las principales decisiones que trajeron su decaimiento:

a) Desde el siglo VI le fué permitido al marido, teniendo a su mujer *in manu*, dejarla por testamento elegido un tutor, y éste es un *tutor optivus* (Gayo, §§ 150 a 153). Más tarde, la mujer puede escapar de la tutela legítima de sus agnados y tener un tutor a su gusto, con ayuda de un *coemptio fiduciae causa*. Con su *auctoritas*, se vende al que ha escogido, pues él la emancipa, y se hace así su tutor *fiduciario* (Gayo, I, § 115). En cuanto a los tutores que no tenían la cualidad de legítimos, podía obligárseles a dar su *auctoritas* para los actos en que fuese exigida (Gayo, I, § 190 *in fine*.—Cicerón, *Pro Murena*, 12).

y de los gentiles si habían recogido la herencia *ab intestato* del jefe de familia. b) Las *vestales* manumitidas de esta tutela por la ley de las XII tablas perdían al mismo tiempo el derecho de heredar *ab intestato* en su familia (Labeon sobre la ley de las XII tablas, citada por Aulo Gelio, *Noctis at.*, I, 12, *in fine*).

(4) Parece ser que una institución análoga existió en algunos pueblos antiguos. Gayo cita los Bitinianos (I, § 193) resultando también, según la tabla de *Salpensa* (*Lex municipalis Salpensana*, c. 22), que también se practicaba entre los latinos.

b) Bajo Augusto, y siendo impúbero el tutor legítimo, o estando loco o ausente, es decir, incapaz de dar su *auctoritas*, existían ciertas disposiciones legislativas que permitían a la mujer nombrarse un tutor capaz para proceder en ciertos actos de suma utilidad, tales como la constitución de una dote para casarse o la aceptación de una herencia (Gayo, I, §§ 176, 178 y 180). Además, las leyes *Julia* y *Papia Poppaea* dispensaban de la tutela a la mujer teniendo el *jus liberorum*, es decir, la ingenua que tuviese tres hijos o la manumitida teniendo cuatro (Gayo, I, § 194).—Ulpiano, XXIX, 3), y una ley *Claudia* que, sin duda alguna, data del reinado de Claudio, anuló la tutela legítima de los agnados (Gayo, I, § 171.—Ulpiano, XI, § 8). Al final del siglo I de nuestra era no quedaron más que la tutela del patrono y la del ascendiente emancipador, que conservan alguna energía, y es más, el magistrado podía obligarles a dar su *auctoritas* cuando la mujer tuviera gran interés en enajenar una *res Mancipi* o en contraer alguna obligación (Gayo, I, § 192).

3. *Supresión de la tutela perpetua*.—Aunque disminuída, la tutela de las mujeres impúberes existía aún a mitad del siglo IV de nuestra era (5).

Pero en 410, si ya no había desaparecido, una constitución de Honorio y Teodosio debió darla el último golpe, concediendo a todas las mujeres el *jus liberorum* que llevaba consigo la dispensa de la tutela (L. 1, C., de *jure liber.*, VIII, 59).

SECCIÓN II.—DE LA CURATELA.

§ 1.—Generalidades.

121.—La ley de las XII tablas organizaba la curatela únicamente para remediar a los incapacitados accidentales: la de los *furiosi* y la de los *pródigos*. Más tarde, y a título de protección, fué extendida a los *mente capti*, a los *sordos*, a los *mudos* y a las personas atacadas de enfermedades graves, acabando también por aplicar la curatela a una incapacidad de otro orden: se daba curadores a los *menores de veinticinco años*, y en ciertos casos, a los *pupilos* (I., §§ 2 a 5, de *curat.*, I, 23).

Los locos y los pródigos sólo tenían curadores *legítimos*, según la ley de las XII tablas. A falta de curadores legítimos, los curadores son nombrados por los magistrados de la misma manera que los tutores, por cuya razón se les llama *honorarii*. No existían curadores testamentarios, y, sin embargo, si el jefe de familia designaba alguno, el pretor confirmaba esta elección (1).

El curador *administra* y no da *auctoritas*. Solamente en el Bajo Imperio, el curador del menor de veinticinco años debía dar algunas veces su consentimiento al acto realizado por el incapacitado. Este *consensus* no tiene nada de solemne, y puede ser suministrado aun después del cumplimiento del acto (2).

(5) Los últimos textos que la mencionan son: una constitución de Diocleciano y Constantino, del año 294 (Fr. Vat. § 325), y un papiro griego relatando un proceso bajo Constantino, hacia el año 350 (Archiv. für Papyrusforschung, 1900, p. 293-312).

121. (1) Ulpiano, XII, § 1: *Curatores aut legitimi sunt, id est qui ex lege XII tabularum duntur: aut honorarii, id est qui a praetore constituuntur.*—I, § 1, de *curat.*, I, 23.—Las mismas causas de incapacidad y de excusa se aplicaban a los tutores y a los curadores (Cf. I, 25).

(2) Referente a esto, no hay ningún texto formal; pero esta diferencia no es menos cierta, pues las fuentes distinguen siempre la *auctoritas* y el *consensus*, y las condiciones exigidas para la validez de la *auctoritas* nunca lo son para el *consensus* (Cf. Paulo, L. 19, D., de *auct. et consens. tut. et curat.*, XXVI, 8). V. sobre las aplicaciones del *consensus* dadas por el curador el n.º 123, nota 4, y el n.º 128, *in fine*.

§ 2.—De la curatela de los “furiosi”.

122.— Los romanos distinguían los *furiosi* y los *mente capti*. El *furiosus* es el hombre completamente privado de razón, tenga o no intervalos lúcidos. El *mente captus*, por el contrario, no tiene más que un poco de inteligencia, es un monomaniaco o, lo que es igual, una persona cuyas facultades intelectuales están poco desarrolladas (1).

La ley de las XII tablas sólo se ocupó de los *furiosi*, y decidió que el *furiosus sui juris* y púbero, es decir, que no tuviera ni la protección del jefe de familia ni la del tutor, se sometiese a la curatela *legítima* de los *agnados*, y a falta de éstos a la de los *gentiles* (2). Desde que se manifiesta la locura, se abre la curatela para los agnados, sin necesidad de una decisión del magistrado. Pertenecía al agnado más próximo; así, por ejemplo, un hijo, podía ser el curador de su padre *furiosus* (L. 1, § 1, *de curat. fur.*, XXVII, 10). No habiendo agnados la curatela pasaba a los *gentiles*; pero cuando la gentilidad cayó en desuso, entonces era el magistrado quien nombraba el curador (I., § 3, *de curat.*, I, 23).

El curador del *furiosus* tiene por misión cuidar tanto de su persona como de su patrimonio, pues la misma obligación tiene de hacer lo posible por su curación como de administrar sus bienes (Juliano, L. 7, pr., D., *de curat. fur.*, XXVII, 10). El *furiosus* no está afectado de interdicción, aunque le alcanza una incapacidad natural. Mientras dure su locura no puede efectuar ningún acto jurídico (3); pero recobrando toda su capacidad, cuando tiene un intervalo lúcido, entonces puede obrar solo, como si nunca hubiese estado loco (4).

La misión del curador es la de *administrar*, ejecutando los actos necesarios a los intereses pecuniarios del incapacitado en estado de locura. Recobrando el loco la razón, ¿termina la curatela para volver a empezar con la locura? Los jurisconsultos no estaban de acuerdo en esta cuestión; Justiniano decidió que no cesara la curatela, pero el curador quedaba inactivo, puesto que el loco vuelto a la razón puede legalmente obrar por su cuenta (L. 6, C., *de curat. fur.*, V, 70).

En suma, el curador del *furiosus* no da nunca su consentimiento: tiene que limitarse a administrar; de donde resulta para él la obligación de rendir cuentas al final de la curatela, y hasta todas las veces

122. (1) Cf. en este sentido: Juliano, L. 2, § 3, D., *de jur. codic.*, XXIX, 7; *Furiosus... cum per omnia et in omnibus absentis vel quiescentis loco habeatur...*—Cicerón, Tuscul., III, 5; *Furorem autem esse rati sunt mentis ad omnia coecitatem*. Según otra opinión, muy extendida, *Furiosus* era el loco susceptible de intervalos lúcidos, mientras que se llamaba *mens* o *mente captus* al idiota, privado de toda inteligencia y que no puede tener ningún momento de lucidez. Pero los textos no están de acuerdo con esta pretendida distinción. (Cf. L. 14, D., *de of. praes.*, I, 13.—L. 17, D., *qui test.*, XXVIII, 1.—L. 6, C., *de curat. fur.*, V, 70); además, sería absurdo que los decenviros, organizando la curatela, hubiesen descuidado los *menti capti*, que en este sistema hubieran tenido, más que los *furiosi*, necesidad de protección.

(2) Cicerón, *De inv. rhet.*, II, 50: *Lex est: Si furiosus esset, agnatorum gentiliumque in eo pecuniarumque ejus potestas esto*. Según Pesto, V. Nec, es necesario leer: *Si furiosus sit aut ei custos nec esset...*

(3) Gayo, III, § 106: *Furiosus nullum negatium gerere potest, quia non intelligit quid agat*.—Para el caso en que se tratara de aceptar una herencia dejada al *furiosus*, v. n.º 500. *in fine*.

(4) Este sistema, tan racional como fué, debió crear en la práctica dificultades, reaparecidas sin cesar, para saber si el acto fué cumplido por el *furiosus* en un momento de locura o de lucidez. En nuestro Código actual se ha evitado este inconveniente incapacitando al loco. La interdicción pronunciada por los tribunales abre la tutela (art. 489, C. C.), y desde entonces, los actos jurídicos cumplidos por el interdicto, salvo algunas excepciones, deben ser anulados en su interés, sin que sea admitido un tercero para demostrar que han sido ejecutados en un intervalo de lucidez (art. 502, C. C.).

que, recobrando el loco su razón, exigiese la administración de sus bienes (Paulo, L. 4, § 3, D., *de tut. et rat.*, XXVII, 3).

El pretor extendió esta curatela a las personas cuyas enfermedades reclamaban una protección, y por eso nombró curadores para administrar el patrimonio de los *menti capti*, de los sordos, de los mudos y de todos los que teniendo una enfermedad grave no podían mirar por sus intereses (5).

§ 3.—De la curatela de los pródigos.

123.—La ley de las XII tablas consideraba como *pródigos* a los que disipaban sus bienes procedentes de la *sucesión ab intestato* del padre o del *abuelo paterno*: *bona paterna avitague* (Paulo, S., III, 4.^a § 7.—Ulpiano, XII, § 3). Era como un depósito que debía quedar en la familia civil, por cuya razón, y con objeto de impedir su dilapidación, los decemvros, sancionando una costumbre anterior, decidieron que el pródigo fuese declarado en estado de *interdicción*, colocándole bajo la curatela legítima de sus *agnados*, y, sin duda alguna, en su defecto, bajo la de los *gentiles* (1).

Más tarde se extendió esta medida, por creer necesario proteger al pródigo contra los arrebatos de sus pasiones, fuera de los casos ya prevenidos por la ley de las XII tablas y sea cual fuere el origen de su fortuna. La interdicción se aplicaba entonces, nombrándose los curadores por el pretor, en los casos siguientes: a) A todos los que, encontrándose en las condiciones previstas por la ley de las XII tablas, carecían de agnados y de *gentiles*, y cuyo curador legítimo se encontraba incapacitado (Gayo, L. 13, D., *de curat. fur.*, XXVII, 10); b) A los ingenuos que derrochaban los bienes paternos, recogidos por herencia testamentaria; c) A los manumitidos que, empezando a crearse una familia, no poseían bienes paternos (Ulpiano, XII, § 3); d) En fin, a todos los que disipasen sus bienes, de cualquier procedencia que fuesen. Así generalizada esta institución, tomó un nuevo carácter por su razón de ser, no sólo en interés de la familia, sino también en el del pródigo y en el de la sociedad entera (Gayo, I, § 53, *in fine*).

La curatela se abre por *decreto* del magistrado que pronuncia la *interdicción*. La prodigalidad, en efecto, no es una causa natural de incapacidad, como la locura, pues para hacer al pródigo incapacitado es necesaria una decisión, creando la incapacidad legal y fijando su extensión (2).

(5) I, § 4, *de curat.*, I, 23: *Mente captis et surdis et multis et qui perpetuo morbo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt.*—Ad. Ulpiano, L. 3, § 3, D., *de postul.*, III, 1.—Paulo, L. 4, D., *eod.*

N. del T.—Esta curatela legítima no se impone, como la tutela legítima, en compensación de las esperanzas de la herencia, porque, a diferencia de los impúberos, el loco, y lo mismo puede decirse del pródigo, puede tener bajo su potestad a hijos que excluirían a todos los agnados. Así, relativamente a la curatela de los libertos, no se extendía al patrono lo que la ley de las XII tablas estableció acerca de los agnados, como se hizo respecto de la tutela.

123. (1) Ulpiano, XII, § 2 y L. 1, pr. D., *de curat. fur.*, XXVII, 10.—Estos textos hacen alusión a la disposición de la ley de las XII tablas sobre los pródigos. Pero no nos ha sido conservada, como ocurre con la de los *furiosi*.

(2) Paulo habla de la fórmula antigua de interdicción, aún en vigor en su tiempo, aunque los términos no estaban de acuerdo con el estado del Derecho.—S. III, 4.^a, § 7: *Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo: Quando tu bona paterna avitague nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis ob eam rem tibi aere (o ea re) commercioque interdicto.*—Nuestro Derecho sanciona un sistema más sencillo para el pródigo; no se le interdice; se le da un consejo que le es necesario en los casos más graves (Cf. artículo 513, C. C.).

La medida de la incapacidad del pródigo se determina por las distinciones siguientes: a) Para todos los actos susceptibles de poder disminuir su patrimonio, arrastrándole a la ruina, es asemejado al loco y declarado absolutamente incapacitado (3). No puede, por tanto, hacer ninguna enajenación (Ulpiano, L. 10, pr. D., *de curat. fur.*, XXVII, 10); ni testar (V. n.º 539, II, 3). En igual caso que un *furiosus* no puede contraer ninguna obligación válida ni civil ni naturalmente (L. 6, D., *de verb. oblig.* XLV, 1). Pero, lo mismo que el loco, puede encontrarse obligado sin su voluntad; por ejemplo, en caso de división o por consecuencia de una gestión de negocios (Paulo, L. 46, D., *de verb. oblig.*, XLIV, 7); b) Y, por el contrario, queda capacitado para hacer los actos necesarios para mejorar su condición, como son adquirir y estipular. También puede aceptar una herencia (Ulpiano, L. 5, § 1, D., *de acq. vel omit. her.*, XXIX, 2); sin duda, porque no habrá que temer su ruina voluntaria al aceptar una herencia demasiado cargada de obligaciones.

La misión del curador del pródigo es *administrar*; y siendo necesario para el incapacitado cumplir los actos prohibidos, es sólo el curador quien debe obrar (4), resultando una obligación para él rendir cuentas de su gestión a la terminación de su cargo.

La curatela del pródigo abriéndose por un decreto del magistrado, lógicamente pensando, sólo debía cesar por el levantamiento de la interdicción; pero Ulpiano declaró que cesaba de pleno derecho si el pródigo se enmendaba, y sin intervención de nuevo decreto (L. 1, pr., *in fine*, D., *de curat. fur.*, XXVII, 10). Si, como es verosímil, el texto está interpolado, sólo se consigue esta solución para el Derecho de Justiniano. No es menos difícil de justificación; probablemente es una consecuencia de la asimilación del pródigo al *furiosus*, cuya curatela termina cuando recobra la razón.

§ 4.—De la curatela de los menores de veinticinco años.

124.—En el antiguo Derecho Romano, cuando por razón de la edad terminaba la tutela, la joven, a causa de su sexo, caía en tutela perpetua; pero el joven púbero *sui juris* quedaba completamente capacitado. Se comprendió más tarde que las facultades intelectuales tardan más en desarrollarse que las fuerzas físicas, y el que alcanzaba la pubertad tenía aún poca experiencia; por eso se buscó el modo de organizar una protección para los menores de veinticinco años. Este fué el objeto de la ley *Plaetoria*, después de la *in integrum restitutio*, y, por último, de las instituciones de curadores permanentes.

125.—1. *Ley Plaetoria*.—Esta ley se votó hacia la mitad del siglo VI de Roma (1), pero no se conocen exactamente sus disposiciones. Según

(3) Esta asimilación limitada se confirma en varios textos.—Pomponio, L. 40, D., *de reg. jur.*, L. 17; *Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum est, nulla voluntas est.*—Ulpiano, L. 1, pr., D., *de curat. fur.*, XXVII, 10, y L. 6, D., *de verb. obl.*, XLV, 1.

(4) Varios autores están de acuerdo diciendo que estos actos pueden ser cumplidos por el pródigo con el consentimiento del curador. Pero ningún texto demuestra un ejemplo de esta manera de proceder. Los que comparan el pródigo interdicto al pupilo, se limitan a constatar que el uno o el otro pueden mejorar su condición.—Cf. Ulpiano, L. 9, § 7, D., *de reb. cred.*, XII, 1.

126. (1) El verdadero nombre de esta ley lo sabemos por un documento auténtico: las tablas de *Heraclea*. Son dos tablas de bronce encontradas en 1732 en *Heraclea*, y que contienen fragmentos de la ley *Julia municipalis* del año 709 de Roma.—En cuanto a la fecha de la ley *Plaetoria*, sólo se la puede fijar aproximadamente por las alusiones contenidas en las comedias de Plauto, particularmente en el *Pseudolus*, del año 563.

testimonio de Cicerón (*De natur. Deor.*, III, 30), creaba un *judicium publicum rei privatae*, es decir, una acción abierta para todos, en interés privado del menor, contra el tercero que hubiese abusado de su inexperiencia al tratar con él. Esta persecución contra el demandado terminaba con la nota de infamia, y casi siempre con una multa, aparte de que ya no podía ser más decurión (*Lex Julia munic.*, 110) (2).

Más tarde, y bajo el procedimiento formulario, le fué posible al menor que había sido engañado, pero sin haberse ejecutado aún el compromiso perjudicial para sus intereses, oponer al acreedor una excepción fundada sobre la ley *Plaetoria* (L. 7, § 1, D., *de except.* XLIV, 1). Pero, en todos los casos, la ley *Plaetoria* dejaba subsistir el acto perjudicial al menor, y habiendo sido damnificado, sin fraude de un tercero, entonces ya no existía ningún recurso. Por otra parte, la represión, resultado del *judicium publicum*, era exagerada, y tuvo por efecto arruinar el crédito de los menores (3). El pretor vino a socorrerlos de una manera más eficaz, concediéndoles el beneficio de la *in integrum restitutio*.

126.—2. *In integrum restitutio*.—He aquí de una manera general en qué consiste esta institución pretoriana. Cuando una persona es perjudicada por causa de un acto legal, y el Derecho civil no le concede ningún remedio, entonces interviene el pretor, siempre que encuentre un motivo suficiente; por ejemplo: si el acto está tachado de fraude o violencia, o si la persona perjudicada es un menor. El pretor considera el acto como no realizado, y restablece las cosas en su estado primitivo; pero este favor sólo le concede después de un examen del asunto, y es libre de rehusarlo (1).

En virtud de estos principios, y cuando un menor ha salido perjudicado por causa de su inexperiencia, puede solicitar del pretor la *in integrum restitutio* (2). Este progreso es anterior al final del siglo VII, pues ya era conocido de Ofilio, contemporáneo de Cicerón (L. 16, § 1, D., *de minor.*, IV, 4). La misma ventaja le fué concedida al pupilo (V. n.º 119 bis, 4, y nota 2).

Para que el menor pueda obtener la restitución se necesita: 1.º Que haya sido *perjudicado* (3). Esta condición se entiende en un sentido amplio. Hay *perjuicio* todas las veces que por un acto o por una omisión el menor ha sufrido un perjuicio, bien sea disminuyendo su patrimonio, o bien omitiendo hacer una buena adquisición, o realizar alguna ganancia (L. 44; L. 7, §§ 6 y sig., D., *de minor.*, IV, 4). 2.º Que el perjuicio venga por defecto de edad, de la *infirmitas aetatis*. La restitución, naturalmente, se concede contra los actos del menor solo, aunque también puede serlo contra aquellos que lo hizo con el consentimiento de

(2) Según conjeturas, la ley *Plaetoria* contenía otras disposiciones: a) De un pasaje de la ley *Julia municipalis* (líneas 112 a 115) se ha deducido que daba dos acciones: el *judicium publicum*, del cual habla Cicerón, y una acción privada en indemnización, dada al menor engañado. Esta acción estaba mencionada por Paulo (L. 24, § 3, D., *de minor.*, IV, 4) y en la fórmula Fabiana, 4 (Girard, *Textos*, p. 458); b) Varios autores admiten, según un texto de J. Capitolino (Marco-Aurelio, 10), que permitía al menor hacerse nombrar un curador para un asunto especial, *redditis causis*. Pero este texto oscuro inspira poca confianza. Lo más probable es que este uso se introdujese por la Jurisprudencia para aumentar el crédito de los menores.

(3) Plauto, *Pseudolus*, V. 290: *Periti... Lex me perdit quinavicenaria; metuunt credere omnes*.—Calidoris, quien pronuncia estas palabras, es un hijo de familia. La ley se aplicaba también a los menores bajo autoridad paterna. Lo mismo ocurrió con la *in integrum restitutio* (Ulpiano, L. 3, § 4, D., *de minor.*, IV, 4). Capacitados para obligarse civilmente, tenían también, en efecto, necesidad de la misma protección.

126. (1) Ulpiano, L. 1, § 1, D., *de minor.*, IV, 4: *Praetor edicit: Quod cum minore quam viginti quinque annis natu gestum esse dicetur, uti quoque res erit animadvertant*.—L. 11, § 3, D., *eod*: *Sciendum est autem non passim minoribus subveniri, sed causa cognita, si capiti esse proponuntur*.—Ad. Paulo, I. 24, § 1, D., *eod*.

(2) V. sobre la *in integrum restitutio* y sus diversas aplicaciones, los núms. 811 y 812. (3) De aquí viene esta máxima de los comendadores: *Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam loesus*.

su curador, en la época en que fué organizada esta curatela, o contra los que el pupilo hizo con la *auctoritas* del tutor (L. 2, C., *si tut. vel. curat.*, II, 25). Se terminó por admitir la restitución contra los actos de gestión que emanaban del tutor o del curador solo (L. 3., C., *eod.*). En efecto, aun en este caso se puede decir que el perjuicio es consecuencia de la falta de edad, puesto que, sin su experiencia, ni el menor ni el pupilo estarían sometidos a la protección más o menos eficaz de quien no supo evitar su perjuicio. Pero el menor no puede nunca hacerse restituir contra el daño que resultase de un caso fortuito o que fuese consecuencia de su dolo o de su delito (L. 9, § 2 y L. 11, § 4, D., *de minor.*, IV, 4). 3.º Que el menor no tuviese *ningún otro recurso*. Por eso, la restitución es inútil si el acto no es válido en Derecho civil (L. 16, D., *pr.*, *eod.*).

El menor, durante su minoría, puede pedir la *in integrum restitutio* (L. 5, § 1, C., *de in int. resl.*, II, 22), y durante un año *útil*, desde su mayoría de veinticinco años (4). Pero sólo él tenía este derecho, siendo una verdadera nulidad relativa, y establecida en su beneficio. Está cubierta, y el acto se hace invulnerable, después de la expiración del término o por la ratificación del menor al ser mayor.

La *in integrum restitutio* constituía una protección más eficaz y completa que la ley *Plaetoria*; pero ésta tenía también el inconveniente de excederse de su fin amenazando a los terceros que contrataban con un menor, y quitándoles toda seguridad. Por eso quedó nulo el crédito de los menores de veinticinco años, recurriendo para aumentarle a un tercer remedio, la *curatela*, que por de pronto no hizo desaparecer ni la ley *Plaetoria* ni la *in integrum restitutio* en beneficio de los menores.

127.—3. *Curatela*.—Primero se introdujo la costumbre de hacer nombrar al menor un curador para algún asunto determinado, *ad certam causam*. Los terceros, de esta manera, trataban con más confianza, puesto que el menor, iluminado por los consejos del curador, corría menos riesgo de ser perjudicado. Marco Aurelio hizo un cambio más radical, decidiendo que los menores podían pedir curadores permanentes, cuyas funciones durasen toda la minoría de edad (1). Esta curatela se aplica a los menores de los dos sexos, teniendo entonces su utilidad para las jóvenes púberas *sui juris*, pues la tutela perpetua había perdido toda su fuerza y tendía cada vez más a desaparecer (2).

En un principio, los menores, sólo pidiéndole, podían tener curador permanente (3). Esta regla se explica sobradamente por la marcha histórica de la institución. No se trata ni de remediar una incapacidad, puesto que el menor es capaz, ni de protegerle, puesto que encuentra en la restitución una protección exagerada. En realidad, la curatela proporciona confianza a los terceros y favorece el crédito de los menores, pudiendo muy bien, si así lo desean, pedir un curador cuando lo necesitan para aumentar su crédito; de lo contrario, nada les obliga a ello.

Sin embargo, los terceros, teniendo negocios con el menor, pueden forzarle a hacerse nombrar un curador especial en los siguientes casos: Para sostener un proceso (V. n.º 127, nota 3); para recibir las cuentas

(4) El año útil se calculaba contando solamente los días fastos. Tenía una duración variable. Justiniano le sustituyó por un término de cuatro años continuos; L. 7, C., *de temp. in int.*, II, 53, año 531.

127. (1) J. Capitolino, Marco Aurelio, 10: *...De curatoribus...*, *ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditit causis*.

(2) 1, *pr.*, *de curat.*, I, 23: *Masculi puberes et faminae viripolentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt*.

(3) Papiniano, L. 13, § 2, D., *de tutor. et curat.*, XXVI, 5: *Minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent*.—1, § 2, *de curat.*, I, 23: *...Inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem: curator enim et ad certam causam dari potest*.

de la tutela (L. 7, C., *qui pet. tut.*, V. 31), y para recibir un pago (L. 7, § 2, D., *de minor.*, IV, 4) (4).

128.—Desde Marco Aurelio, los menores de los dos sexos pueden a su capricho estar o no provistos de curador. Veamos su situación en los dos casos:

1. *El menor no tiene curador.*—El menor es plenamente capaz, salvo el beneficio de la *in integrum restitutio* (L. 3, § 2, C., *de in int. rest.* II, 22.—V. n.º 128, nota 3).

2. *El menor tiene un curador.*—La cuestión es más delicada y las soluciones de los textos son contradictorias, aunque pueden conciliarse al admitir que hacia la mitad del III siglo de nuestra era se hizo un cambio, autorizando la siguiente distinción: a) Después de Marco Aurelio, y en el primer estado de esta legislación, el menor queda capaz, aunque, sin duda, en un principio era el curador quien estaba encargado de la *gestión* de su patrimonio (1). Si el menor obra solo, aun para contraer una obligación, el acto es válido, ocurriendo esto mismo aun en tiempo de Modestino (2); b) Bajo Diocleciano se terminó por considerar que el menor que pretendiese un curador atestigua él mismo su incapacidad. Tiene de hecho una incapacidad legal y se le trata como a un pupilo *major infantia*, o en ciertos casos como a un pródigo interdicto (3). Desde entonces hubo una gran diferencia entre el menor sin curador y el menor en curatela. El uno es capaz, y estando perjudicado puede él solo pedir la *in integrum restitutio*. El otro, lo único que puede hacer solo son los actos para poder mejorar su condición, y para los que sean susceptibles de hacer peor su condición hace falta el consentimiento de su curador; de lo contrario, estos actos serían *nulos*, aun sin haber causado ningún perjuicio al menor.

En el último estado del Derecho, el cargo de curador de un menor se parece mucho al del tutor. Por una parte, *administra* el patrimonio, lo cual implica para él la obligación de rendir cuentas al final de la curatela con la misma responsabilidad que el tutor; y por otra parte, tiene que dar su *consentimiento* en los casos en que el tutor da su *auctoritas* (4).

129.—La institución de los curadores permanentes no hizo desaparecer la *in integrum restitutio*, y aunque llegó a ser algo rara era pedida casi siempre en caso de perjuicio, bien fuera contra los actos del menor solo o bien contra los del curador o del menor asistido del curador; suponiendo, sin embargo, que en estos dos últimos casos el menor no hubiese encontrado una garantía suficiente en otras vías de recursos (L. 3 y 5, C., *si tut., vel. curat.*, II, 25). Esto era un abuso, puesto que los terceros quedaban expuestos, aunque hubiesen cumplido todas las formalida-

(4) Algunos autores están de acuerdo en decir que todo menor hecho púbero al pasar por la tutela debe tener forzosamente un curador permanente. Pero esta distinción no está escrita en ningún texto. Según Ulpiano (L. 5, § 5, D., *de adm. et per. tut.*, XXVI, 7) el tutor es cierto que está obligado a advertir al pupilo hecho púbero de procurarse un curador para recibir las cuentas de la tutela, pero no hay nada para poder comprobar que este curador siga en funciones después de la rendición de las cuentas.

128. (1) Ulpiano, L. 3, D., *de minor.*, IV, 4: *...Hodie in hanc usque aetatem adolescentis curatorum auxilio reguntur, nec ante rei suae administratio committi debet. quamvis bene rem suam gerentibus.*—Ad. L. 1, §§ 3 y 4, D., *de adm. tut.*, XXVI, 7.

(2) Modestino, L. 101, D., *de verb. obl.*, XLV, 1: *...Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.*

(3) Diocleciano y Maximiano, L. 3, C., *de in int. rest.*, II, 22: *Si curatorem habens minor quinque et viginti annis post pupillarem aetatem res venundidisti, hunc contractum servari non oportet, cum non ab imitis ei habeatur minor curatorem habens, cui a praetore curatore dato bonis interdictum est.—Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint causa cognita non prohiberis.*—Año 293.

(4) Diocleciano, L. 2, C., *qui legit. pers.*, III, 6: *In rebus quae privati iudicii quaestionem habeat, sicut pupillus tutore auctore et agere ei conveniri potest, ita adultus curatore consentiente item ei intendere et recipere debet.*—Año 294.—En cuanto a las consecuencias de la gestión, véase el número 110 *in fine* y nota 5.

des requeridas, al tratar con el incapaz. Las cosas en este estado subsistieron hasta Justiniano, que lo remedió solamente en un caso, el más importante, eso es verdad: en el de un *pago*. Cuando un deudor había pagado a un menor asistido del curador, o a un pupilo con la *auctoritas* del tutor, no estaba menos expuesto a pagar una segunda vez en caso de la *in integrum restitutio*. Justiniano, siguiendo los consejos de Triboniano, decidió que el deudor pudiese obtener sin gastos una sentencia del juez autorizándole a cobrarse, y que después de esta formalidad el pago hecho con regularidad llegase a ser invulnerable (L. 25, C., de adm. tut. V. 37, año 531.—I, § 2, quib. alien., II, 8) (1).

130.—*De la venia aetatis*.—Durante largo tiempo esta expresión designó la *in integrum restitutio* concedida por causa de minoría (Papiniano, L. 20, pr., D., de minor., IV, 4). Pero hacia el final del siglo III de nuestra era se dió este nombre a un beneficio particular concedido por los emperadores a los menores de veinticinco años. En esta época, donde se admitía la incapacidad legal de los menores en curatela, debieron de reconocer que en muchos casos era una exageración mantenerla hasta los veinticinco años, y por eso el emperador podía, después de un examen, concederles por rescripto una especie de mayoría anticipada o dispensa de edad, *venia aetatis*; esto únicamente a los veinte años para los hombres, y a los dieciocho para las mujeres.

Este favor tenía por consecuencia: a) Hacer cesar la curatela permanente. b) Y quitar al menor el derecho de pedir la restitución por *infirmas aetatis*. Desde entonces, sólo fué restituible en los casos en que lo sería un mayor (Cf. C., de his qui ven., II, 45) (1).

§ 5.—De la curatela de los pupilos.

131.—El impúbbero en tutela puede, por excepción, tener un curador en los casos siguientes: a) Si el tutor sostiene un proceso con su pupilo. Ya sabemos que no puede dar su *auctoritas* en un asunto estando él interesado. En el tiempo de las acciones de la ley era necesario un tutor especial; pero, bajo el procedimiento formulario, era suficiente nombrar un curador, cuya regla existía aún en tiempos de Justiniano (Gayo, I, § 184.—I, § 3, de auct. tut., I, 21); b) Si el tutor ha hecho admitir una excusa temporal es necesario durante este intervalo nombrar un curador en su lugar; c) Y, por último, mostrándose el tutor incapaz, aun siendo fiel, se le une un curador (I, § 5, de curat., I, 23).

En todos los casos, el curador sólo puede hacer actos de gestión que no suplirán a la *auctoritas* del tutor (Paulo, L. 19, D., de auct. et cons. tut., XXVI, 8).

129. (1) Esta reacción contra la restitución de los menores se continuó en nuestro Derecho antiguo. Se ve el testimonio en el artículo 1.314 del Código civil, recibiendo su última expresión en el artículo 1.304 del Código Italiano así redactado: «Los actos ejecutados de manera designada por la ley, en interés de un menor, de un interdicto o de un incapaz, tienen el poder que hubiesen tenido siendo hechos por un mayor completamente capaz».

130. (1) La emancipación de nuestro Derecho actual, que da al menor una capacidad media, tiene su analogía, no en la emancipación romana, sino en la *venia aetatis*.

N. del T.—Según una disposición de Constantino, era preciso, para la concesión de la *venia aetatis*, la edad de veinte años en el varón y la de dieciocho en la mujer. (Ulpiano, D. IV, 4, 3, pr.: Cod. Teod. II, 17, const. I; y eod. 45, const. II).

§ 6.—Reglas comunes a las diferentes curatelas.

132.—1. Antes de comenzar su gestión, los curadores debían cumplir las mismas formalidades que los tutores (V. n.º 109 bis). Así, pues, debían dar *satisfactio* (I., pr., de *satisf.*, *tut.*, I, 24) los curadores legítimos y los que eran nombrados sin información, puesto que sus poderes estaban sometidos a las mismas restricciones. El senadoconsulto de Septimio Severo, que prohibía la enajenación de las *praedia rustica vel suburbana* del pupilo, se extendía a los inmuebles de esta naturaleza pertenecientes a las personas provistas de un curador: locos, pródigos, y menores de veinticinco años (L. 1, § 2, y L. II, D., de *reb. eor.*, XXVII, 9.—V. n.º 116, 2).

2. Durante los primeros siglos, es probable que administrar y rendir cuentas de su gestión sólo fueron para los curadores deberes sancionados por las costumbres. El *crimen suspecti tutoris vel curatoris*, organizado por las XII tablas, garantizaba suficientemente al incapaz contra la infidelidad del curador, aunque la acción de *rationibus distrahendis* no se aplicaba a la curatela, que era, además, de aplicación menos frecuente que la tutela.

Más tarde, la obligación jurídica de rendir cuentas fué sancionada para los curadores, lo mismo que para los tutores, pero no se creó acción especial como la acción *tutelae*. Se aplicó a la curatela la acción dada con ocasión de la gestión de los negocios de otro (V. n.º 438). El curador quedó obligado por la acción *negotiorum gestorum directa*, y tuvo para reembolsarse de sus anticipos la acción *negotiorum gestorum contraria* (1).

3. En cuanto a las garantías concedidas al loco, al pródigo y al menor contra la insolvencia de sus curadores, eran, poco más o menos, las mismas que las del pupilo. Tenían, en efecto: a) El *privilegium exigendi* (L. 25, D., de *tut. et rat.*, XXVII, 3), y bajo Constantino una hipoteca tácita, cuya creación sólo es verdadera para los menores (L. 20, C., de *adm. tut.*, V, 37, año 312); b) La acción *ex stipulatu* en los casos en que el curador se haya visto obligado a dar la *satisfactio* (I., pr., y § 3, de *satisf. tut. vel curat.*, I, 24); c) La acción *subsidiaria* contra los magistrados encargados de exigir fiadores solventes (I., § 2, *eod.*); d) La *in integrum restitutio*, concedida a los menores como último recurso, y cuyas reglas ya hemos estudiado (V. n.º 126).

Apéndice I.—De la "capitis deminutio".

(I., de *capitis minutione*, I., 16.)

133.—Al estudio de las personas se une una institución muy especial en el Derecho Romano: la *capitis deminutio*.

La personalidad del ciudadano en la sociedad romana comprende tres elementos: la libertad, el derecho de ciudadanía y los derechos de familia o de agnación. Su reunión constituye el estado del ciudadano, designado con las expresiones *status* o *caput* (1). Cuando pierde uno de

132. (1) Paulo, L. 4, § 3: L. 13, D., de *tut. et rat.*, XXVII, 3.—Ulpiano, L. 5, § 6. de *adm. tut.*, XXVI, 7; L. 1, § 2, D., de *contr. tut.*, XXVII, 4.

133. (1) Paulo, L. 11, D., de *cap. minut.*, IV, 5: "...*Tria enim sunt quae habemus, libertatem, civitatem, familiam.*"—La palabra *caput* indica algunas veces la persona física: *servile caput*, pero se emplea más a menudo para expresar la personalidad civil, y los textos dicen en este sentido que el esclavo no tiene *caput*.—I, § 4, ht.: *Servus autem manumissus capite non minuitur quia nullum caput habuit.*

estos elementos se puede considerar que había sencillamente una modificación más o menos grande de su capacidad. Esto es en un punto de vista conforme a nuestras ideas modernas, según las cuales la personalidad humana no se rompe por los cambios de estado que pueda experimentar; pero el Derecho Romano admite otra concepción. La libertad, la ciudadanía y la familia, forman un conjunto necesario en la existencia de la persona del ciudadano. Si uno de estos elementos llega a desaparecer, la persona se extingue. El individuo puede renacer en Derecho con una nueva personalidad, pudiendo decirse que hay en él un cambio de estado, *status permutatio* (2). Pero el resultado esencial es la extinción de la personalidad primitiva; y los jurisconsultos lo expresan diciendo que hay *capitis deminutio* (3). Comparan la *capitis deminutio* a la muerte (4). Pero las consecuencias difieren en varios sentidos, pues en igual caso hay una extinción puramente civil; la supervivencia de la persona en derecho natural produce importantes efectos.

134.—Las causas que conducen a la *capitis deminutio* pueden ser más o menos graves. En efecto, el que pierde la libertad se hace esclavo y ya no tiene ninguna personalidad en Derecho civil, y el que pierde el derecho de ciudadanía no es más que un peregrino, pero queda libre. En fin; el que pierde sus derechos en la familia de la que forma parte queda libre y ciudadano. Puede adquirir, y adquiere, en efecto, una nueva personalidad civil; no hace más que cambiar de estado. Pero en todos los casos, estos resultados son independientes de la *capitis deminutio*, que es una, y cuyos efectos son siempre los mismos.

1. *Causas de la capitis deminutio*.—Para caracterizar, según su gravedad, las causas de la *capitis deminutio*, los jurisconsultos la califican de *máxima*, *media* o *minor* y *mínima* (I, pr. y §§ 1 a 3, *hl.*).

Todas las causas de reducción a esclavitud que hacen perder a la vez la libertad, la ciudadanía y la familia, llevan consigo *capitis deminutio maxima* (V. n.º 64). La *media* resulta de las condenas que hacen perder la ciudadanía y los derechos de familia sin tocar a la libertad (V. n.º 70, II). Y por último, hay *capitis deminutio minima* para toda persona que perdiendo los derechos que tenía en su familia conserva la

(2) GAYO, I, § 159: *Est autem capitis deminutio prioris status permutatio*.—Ad. Ulpiano, XI, § 5.

(3) *Minuere* significa no disminuir, sino destruir, aniquilar. *Capitis minuto* o *deminutio* significa, por tanto, extinción de la personalidad civil, pérdida del estado. La traducción *disminución de cabeza* sólo da una idea inexacta.

(4) GAYO, III, § 153: *... Civili ratione capitis deminutio mortis coequatur*.
N. del T.—La denominación de *disminución de cabeza* proviene de que siempre que se verificaba un cambio de estado se disminuía en una cabeza la ciudad o la clase de hombres libres. Se ha referido al individuo lo que debía decirse de la corporación, y a la inversa, se ha llamado *capite minutus* a aquel respecto del cual se verificaba la disminución. Por lo menos, ésta es la explicación generalmente admitida.

No obstante, Niebuhr da otra, según la cual, cada ciudadano tenía en el registro de los censos o tablas censuales un capítulo (*caput*) donde era inscrito, ya como cabeza, ya como hijo de familia. Cuando un ciudadano perdía su libertad, o aunque sólo fuera la ciudad, se borraba su nombre, era rebajado en su capítulo (*capite minutus*). Igualmente, cuando un ciudadano pasaba de una familia a otra era borrado del capítulo dedicado a la familia que abandonaba, y había *capitis deminutio*. M. de Fresquet, traduce *capitis deminutio* por disminución de capacidad, cuya expresión parece exacta. Toda *capitis deminutio* implica, en efecto, un decaimiento o pérdida jurídica. Esto es cierto, aun respecto del emancipado, cuya capacidad parece aumentarse más bien que disminuirse, puesto que de *alieni* se hace *sui juris*. Porque no solamente, según Savigny, el emancipado, para llegar a ser *sui juris*, debía pasar por el *mancipium*, es decir, por una esclavitud ficticia (*in imaginariam servitatem causam deductus*) (L. 3, § 1, D. de *cap. min.*) que llevaba consigo una especie de degradación, al menos en la forma, sino que el emancipado experimentaba una pérdida relativamente a la familia que dejaba, puesto que no tenía ya en esta familia los derechos de sucesión y otros afectos a la agnación. Esto explica cómo los hijos del arrogado que pasan con él bajo la potestad del arrogante experimentan una *capitis deminutio*, aunque no hayan pasado por el *mancipium*, y aunque su condición parezca la misma, ya que son siempre *alieni juris*. Han perdido los derechos de agnación en la antigua familia de su padre (*familiam mutaverint*). (L. 3, D. *eod. hl.*).

libertad y la ciudadanía (Cf. Paulo, L. 11, D., *de cap. min.*, IV, 5). Es en los casos siguientes: a) Cuando una persona *sui juris* se hace *alieni juris*; por ejemplo, si un ciudadano se da en adrogación o si una mujer *sui juris* cae *in manu*; b) Cuando un *alieni juris* se hace *sui juris* por emancipación (1). Pero el hijo de familia, haciéndose *sui juris* por la muerte, esclavitud o la pérdida de la ciudadanía del padre, o por su propia elevación a ciertas dignidades, no sufre *capitis deminutio* (Gayo, III, § 114, *in fine*); c) Cuando un *alieni juris* pasa de una potestad a otra; por eso son *capite diminuti* los hijos del adrogado (L. 3. pr., D., *eod.*), el hijo dado en adopción, la mujer *alieni juris* que cae *in manu* y el hijo dado *in mancipio* (Gayo, I, § 162) (2).

2. *Efectos de la capitis deminutio*.—Cualquiera que sea la causa, la *capitis deminutio* consiste siempre en la extinción de la personalidad civil y produce siempre el mismo efecto, que es la pérdida de los derechos de la persona civil.

Y de esto resultan las consecuencias siguientes: a) Los lazos de agnación y de gentilidad se rompen: el *capite minutus* sale de su familia y de su *gens*. Pierde los derechos de sucesión, de tutela y de curatela, unidos a su cualidad de agnado y de *gentilis* (Gayo, I, § 163.—Cicerón, *Topic*, 6). La *capitis deminutio* del patrono o del manumitido extingue también los derechos de patronato (Gayo, III, §§ 51 y 83); b) El *capite minutus* pierde todos los bienes que componían su patrimonio. Estos bienes se adquieren: por el señor, cuando haya caído en esclavitud (L. 7, § 2, D., *de cap. min.*, IV, 5); por el Estado, a consecuencia de las condenas que hacen perder la libertad o la ciudadanía, y que llevan consigo la confiscación (L. 1, D., *de bon. damnat.*, XLVIII, 20); al adrogante o al marido, en caso de adrogación o de *conventio in manum* de una mujer *sui juris* (Gayo, III, § 83). Por excepción, los derechos de usufructo y de uso, atados a la persona del *capite minutus*, terminan con ella (3); c) En fin, sus deudas se extinguen (4) y subsisten solamente, por razón de orden público, las deudas que resultan de sus delitos (V. n.º 446, nota 1).

Pero la *capitis deminutio* no aniquila a la persona, nada más que en Derecho civil privado, pues en Derecho natural sigue subsistiendo. El *capite minutus* conserva, por tanto, los derechos de cognación agregados al parentesco natural, quedando obligado, naturalmente, con sus acreedores (5). Los derechos públicos y políticos se respetan también por la *capitis deminutio*; si los pierde en caso de *capitis deminutio maxima* o *media*, es, porque cesa al mismo tiempo de ser ciudadano (L. 5, § 2, y L. 6, D., *eod.*).

La extinción de las deudas del *capite minutus* era un resultado molesto e injusto para los acreedores, lo cual remedió el pretor. Si se trata de una *capitis deminutio minima*, la considera como no existente, y restituye a los acreedores sus acciones contra el *capite minutus* (V. n.º 700,

134. (1) Con las formas antiguas de la emancipación había una *capitis deminutio* distinta para cada *mancipatio* y para cada *manumisión*.—Gayo, I, § 162.—Pero el esclavo que manumite su amo no es *capite minutus*, pues no tiene personalidad civil.—Paulo, L. 3, § 1, D., *de cap. min.*, IV, 5.—I, § 4, *ht.* (V. n.º 133, nota 1).

(2) Según vemos por esta enumeración, y a pesar de la opinión contraria de varios autores, no es necesario para que haya *capitis deminutio* que la capacidad del *capite minutus* se disminuya o que descienda a una condición inferior. Según ellos, el hijo que pasa de una familia a otra no sería *capite minutus*, lo que se contradice con los textos citados, sobre todo por Paulo (L. 3. pr. D., *ht.*) y por Gayo (I, § 162).

(3) Gayo, III, § 83.—V., sin embargo, para el Derecho de Justiniano el n.º 233, 2.

(4) Por excepción, ciertas deudas se le cargaban al adrogante (V. n.º 700, 2).

(5) Gayo, I, § 158: *Sed agnitionis quidem jus capitis deminutione perimitur, cognationis vero jus eo modo non commutatur, quia civili ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest*.—Ulpiano, L. 2, § 2, D., *eod.*: *Hi qui capite minuuntur... manent obligati naturaliter...*

2 y nota 2). En caso de *capitis deminutio maxima* o *media*, los acreedores pueden ejercer sus acciones contra los que han recogido los bienes del deudor reducido a esclavitud o privado del derecho de ciudadanía (6).

Apéndice II.—De la infamia.

135.—La *infamia*, de la cual puede ser tachado un ciudadano romano, no suprime su persona civil, como la *capitis deminutio*. Es únicamente un ataque a la consideración que disfruta en la sociedad, que implica para él pérdidas más o menos graves (1). Pudo ser resultado al principio de alguna decisión de los censores o de la ley; y terminó por ser una consecuencia del edicto del pretor.

1. Fuera de las operaciones del censo y de clasificación del pueblo, los censores, en tiempo de la República, tenían el poder discrecional de excluir del senado a un senador o a un caballero de la orden equestre. Podían también excluir al ciudadano de las centurias, y privarle del derecho de sufragio (2). Los motivos de estas medidas tan rigurosas eran, por ejemplo: la intemperancia, el perjurio, el lujo y la negligencia en la gestión del patrimonio. Esta mancha (*nota censoria*) podía borrarse por alguna decisión de los censores siguientes.

2. Hacia el fin de la República, y bajo el Imperio, leyes penales, tales como la ley *Julia repetundarum*, la ley *Julia de vi* y otras, tachaban de infames a los condenados en materia criminal. Esta infamia tiene por consecuencia graves incapacidades, pues no pueden ser ni senadores ni decuriones; su acceso a los cargos públicos les está prohibido en absoluto, como también están incapacitados de ser jueces y testigos (3).

3. El edicto del pretor negaba a ciertas personas el derecho de pedir en justicia (*postulare*) por otras, o de constituirse en *cognitor* o en *procurator*, desempeñando ellas mismas ese papel. Entre las causas de esta pérdida de ese derecho se pueden señalar: las condenas criminales y ciertas condenas civiles que implican la mala fe del demandado; las faltas de inmoralidad, como la bigamia; el ejercicio de ciertas profesiones, como el de comediante y gladiador. Estas personas, además de la incapacidad de que estaban afectadas por el edicto, no podían ejercer acciones populares (Paulo, L. 4, D., de *pop. act.*, XLVII, 23).

Se terminó por considerar como tachadas de infamia las personas de esta manera indicadas en el edicto del pretor, aplicándolas las mismas prescripciones que a las que ya estaban declaradas infames por la ley (4).

(6) Ulpiano, L. 2, pr., D., de *cap. mtn.*, IV, 5: ...*Ceterum siue omissione ciuitatis, siue libertatis amissione contingat capitis deminutio, cessabit edictum; neque possunt hi penitus conueniri; dabitur plane actio in eos ad quos bona pervenerunt eorum.*

135. (1) La consideración pública del ciudadano se llama *existimatio*.—Callistrato, L. 5, D., de *var. et exiraord.*, L. 13: *Existimatio est dignitatis illoesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.*—La infamia se llama también *ignominia*, *turpitud*, *levis nota* (L. 27, C., de *inof. test.*, III, 28), y las personas que de ella son tachadas, *personae turpes*.

(2) Los ciudadanos así excluidos de todas partes estaban inscritos fuera de los registros del censo, en unas tablas llamadas *tabulae Ceritum*, en recuerdo de los habitantes del municipio de Ceres, que tenían el derecho de ciudadanía romana *sine suffragio* (Aulo Gelio, *Noctes at.*, XVI, 13). Se les llamaba *aerarii*, porque no pagaban más que un impuesto proporcional a su fortuna, como los ciudadanos de las cinco clases, pero estaban gravados con una contribución arbitraria (Asconio, *Divin in Coecil.*, 3).

(3) Cf. Cicerón, *Pro Cluentio*, 42.—L. 1, pr., D., ad *leg. Jul. de vi*, XLVIII, 7.—L. 6, § 1, D., ad *leg. Jul. repet.*, XLVIII, 11.

(4) Es por esta razón por lo que los redactores del *Digesto* han hecho de la lista de las personas incapaces de *postulare pro alio* una lista de las personas clasificadas de infamia,

La infamia que resulta de la ley o del edicto duraba hasta la muerte. Sin embargo, los efectos podían ser borrados por una decisión del senado o del emperador (Ulpiano, L. 1, § 10, D., *de postul.*, III, 1).

Apéndice II bis. (1).

1. EXTINCIÓN NATURAL DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

Las personas físicas concluían o se extinguían por la muerte natural, ya que, si la capacidad jurídica va aneja a la existencia del hombre, la muerte tiene que extinguirla. Mas en este punto, y por lo que afecta a nuestro Derecho Romano, sucedía una cosa particular, y era que la muerte del individuo ordinariamente no hacía desaparecer su *personalidad jurídica*, pues pasaba a sus sucesores testamentarios o legítimos (2).

Ahora bien, esa muerte o fallecimiento de una persona que por regla general extingue la personalidad, es un hecho, y como tal era preciso probarle, necesitando ser confirmado para que produjera efectos jurídicos. De aquí que en el Derecho de Roma, una vez probada la existencia de una persona, no se presumía nunca su muerte, y, por consiguiente, tenía la obligación de justificarla aquél a quien interesaba. Sin embargo, algunos pasajes del Derecho Romano indican la edad de cien años como la más larga que puede tener un hombre.

No es siempre posible, en ocasiones determinadas, la prueba del fallecimiento de una persona, y por ello, cuando es difícil semejante demostración, el Derecho llegó a prever esta dificultad, estableciendo presunciones más o menos fundadas.

El caso más grave de presunción es el relativo a la muerte de dos personas que sucumbieron en una catástrofe y llamadas recíprocamente a sucederse, importando, por tanto, determinar quién de ellas ha muerto primero.

Cuando estas personas perecían al mismo tiempo y no podía determinarse cuál de ellas muriera antes, había que distinguir, pues si la duda existía respecto a personas extrañas entre sí, se presumía murieron al mismo tiempo; mas si la duda era entre padres e hijos, se reputaba que el impúbero había muerto antes que el padre y que el púbero muriera después, sin diferencia en el género de muerte (3).

También se estableció, aun cuando se trataba de personas que no eran, respectivamente, padres e hijos, y la adquisición del derecho de una estaba, por su naturaleza, sujeta a la condición de haber muerto la otra, no podía invocarse este derecho sin demostrar la muerte anterior de la segunda (4); pero si una persona había recibido de otra una cosa, cuya adquisición definitiva dependía de no haberse revocado el acto durante la vida, se suponía muerto antes el donante (5).

Claro es que al establecer tales presunciones se tomó por fundamento

que atribuyen falsamente al edicto del pretor.—L. 1, D., *de his qui notantur infamia*, III, 2; *Prætoris verba dicunt; infamia notatur qui...*—La interpolación se demuestra por un texto de las Instituciones de Gayo, IV, § 182... *Nec tamen ulla parte edicti id ipsum nominatim exprimitur, ut aliquis ignominiosus sit: sed qui prohibetur et pro alio postulare et cognitorem dare procuratorem habere item procuratio aut cognitio nomine iudicio intervenire ignominiosus esse dicitur.*

(1) Original del traductor.

(2) V. Winscheid. Pand., § 53.—Dernburg. Pand., § 50.—Fadda. Notas a Winscheid. título I. pág. 732.

(3) D., 34, 5, 9, § 1, 2, 4.

(4) D., 34, 5, 46, 17, 18.

(5) D., 34, 5, 8.

la mayor fuerza y resistencia de las personas sorprendidas por acontecimientos desusados, pero no cabe duda era muy aventurado el estimarlas, porque la fuerza y resistencia son factores insignificantes para el hecho de sobrevivir en sucesos de esta índole, razón por la cual el Derecho moderno tiende a no establecer presunciones como lo hizo Roma.

Por lo demás, los medios de prueba para justificar las presunciones del Derecho Romano no están señalados por modo especial por sus leyes, como tampoco estableció la presunción de muerte de una persona en los casos de ausencia prolongada de la misma con ciertas condiciones.

2. OTRAS CIRCUNSTANCIAS QUE INFLUÍAN EN LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS.

Independientemente de la capacidad civil, las leyes romanas consideraban en los hombres ciertas cualidades y circunstancias que, sin alterar su estado, diversificaban su posición y modificaban sus derechos.

Las aludidas circunstancias o situaciones no privaban al sujeto de su capacidad para tener derechos u obligaciones, aunque sí para poder ejercitarlos, razón por la cual distinguieron los comentaristas la capacidad jurídica propiamente dicha, de la capacidad de obrar, y eran de muchas clases; algunas, de las que asimilaban al que las sufría al esclavo propiamente dicho. Así, el *iudicatus* o *addictus*, deudor insolvente entregado al acreedor; las *personae in mancipio*, que eran libres, pero vendidas dentro de Roma por el *paterfamilias*; el *statu liber* o esclavo vendido bajo condición o término no cumplidos, o el *homo liber bona fide serviens*, esclavo erróneamente de otro; los *glebae adscripti*, colonos adscriptos perpetuamente a la tierra, y el *redemptus ab hostibus*, rescatado al enemigo por precio de tercero sin resarcimiento.

Pero más especialmente, las cualidades o circunstancias a que nos venimos refiriendo son las que a continuación pasamos sucintamente a examinar.

A. *Sexo*.—Respecto a esta causa modificativa de la capacidad jurídica, el Derecho privado establecía limitaciones en la capacidad jurídica de la mujer. En el Derecho público, las mujeres estaban absolutamente excluidas de todos los derechos. Y en el privado, en los tiempos primitivos estaban siempre sometidas al poder de sus padres o maridos, y si las circunstancias hacían que fuesen libres, *matres familias*, se hallaban sujetas a tutela perpetua. Posteriormente, esta tutela perpetua se fue alterando desde los tiempos ya de la República hasta desaparecer enteramente, y los adelantos de la civilización fueron también aumentando la consideración de las mujeres. Pero siempre quedaron muchas distinciones legales, y además, aun en cuanto al Derecho privado, se distinguían los hombres en varias cosas, pues, por ejemplo, las mujeres llegaban a la pubertad antes que los hombres, y aunque, por regla general, los derechos de ambos sexos eran iguales, aquéllas gozaban de algunos privilegios, así como también tenían algunas incapacidades, que serán estudiadas en las Instituciones de modo especial.

B. *Edad*.—Es esta circunstancia una de las que más influyen en la capacidad de obrar de los derechos, ya que el negocio jurídico, para que exista, precisa una intención y una voluntad desarrolladas plenamente, y la ley, racional y prudentemente, exige que se exteriorice debidamente la intención de aquél que realiza un acto de Derecho para poder producir éste sus naturales efectos.

Eran los hombres, respecto a esta cualidad, según Derecho de Roma, o *impúberes*, que no habían logrado todavía la aptitud natural para procrear, o *púberes*, plenamente capaces para toda clase de negocios jurídicos, y que tenían tal condición a los catorce años los varones y a los doce las hembras.

Dentro de los primeros, *impúberes*, eran considerados como *infantes* hasta la edad de los siete años, sin distinción de sexos (6), *qui fari non potest*, siendo seres absolutamente incapaces de realizar actos jurídicos, careciendo de eficacia sus declaraciones, no pudiendo ser sujetos activos de delitos y obrando respecto a su patrimonio por ellos el tutor, si son *sui iuris*, o su *paterfamilias*, si son *alieni iuris*. Desde los siete años eran propiamente *impúberes* los varones hasta los catorce años, y las mujeres hasta los doce cumplidos (7), dividiéndose, respecto de unos y otros, los años intermedios en *próximos a la infancia*, *impúberes infantiae maiores* y *próximos a la pubertad*, *impuberes pubertati proximi*, según que se acercaban más a los siete años o a los catorce o doce, respectivamente (8); el próximo a la infancia puede realizar por sí actos que le reporten beneficios en su patrimonio, valiéndose del tutor para todos los demás, ejercitando éste su *auctoritas*, y no pudiendo realizar tal *impúber*, ni aun con la asistencia de su tutor, determinados actos, como el matrimonio o el testamento. El próximo a la pubertad respondía de algunos actos delictivos, debiendo hacer efectivas las responsabilidades de los mismos dimanantes.

Se decían *púberes*, o menores de edad, desde los catorce o doce años, respectivamente, varones y mujeres, hasta los veinticinco, en que principiaba la mayor edad sin distinción (9); pero se distinguían a su vez en dos categorías: los *púberes*, menores de veinticinco años, *minoris viginti quinque annis*, y los *púberes*, mayores de esta edad, *maiores viginti quinque annis*, que si bien en el antiguo Derecho tenían todos capacidad plena, vistos los inconvenientes de tal medida, quedó reducida su capacidad al matrimonio y al testamento, necesitando para los demás actos valerse de un *curator*, y resultando que, en definitiva, sólo los *púberes* mayores de veinticinco años son plenamente capaces.

Y, por fin, existía también la *vejez*, que libertaba de los cargos públicos, y principiaba en los setenta años cumplidos (10) y (11).

C. *Estado de salud o enfermedad*.—Figura la enfermedad como una de las importantes causas modificativas de la capacidad de obrar, pues el hombre debe de tener conciencia de sí mismo y ser ente de razón, y si sus facultades físicas o intelectuales sufren por cualquier motivo una limitación, ello modifica o altera la capacidad civil de la persona o sujeto.

La presunción, *iuris tantum*, que el Derecho establece, es la de conceder a todas las personas capacidad civil y considerarlas normales y perfectas, con aptitud física y psíquica bastante para tener, disfrutar y ejercitar derechos, de modo que siempre ha hecho falta una prueba en contrario de la citada presunción.

El estado de salud o enfermedad unas veces impide la realización del acto, afectando entonces a la capacidad de derecho, o también en otras ocasiones limita el ejercicio de los derechos, suspendiéndole mientras la enfermedad dura.

(6) C., 8, 18, 8.

(7) C., 5, 60, 3.

(8) D., 50, 17, 111 pr.

(9) C., 6, 53, 5.

(10) D., 50, 6, 3.

(11) V. Winscheld, ob. cit. t. I. págs. 54 y 71.—Girad. Man. pág. 209.—Tumedei. Distinzioni postclassiche riguardo leta. 1922.

Nuestro Derecho Romano atribuyó a la enfermedad la misma consideración de causa modificativa de la capacidad de obrar (12). La sanidad del cuerpo puede faltar, como decían aquellos legisladores, o por enfermedad, propiamente dicha, *morbis*, o por efecto permanente del cuerpo, *vitium*.

Atendiendo los romanos a los dos elementos que integran el organismo humano, clasificaban las perturbaciones por razón del cuerpo y del espíritu. Distinguían por el primer elemento los *impotentes*, *castrados*, *sordos*, *mudos*, *sordomudos* y *ciegos* y los que estaban afectados de una enfermedad perpetua (13), y con relación a las enfermedades mentales, comprendían a los furiosos, locos, dementes y pródigos (14).

Es de observar que en el Derecho Romano las enfermedades corporales no tienen influencia sobre los derechos de las personas sino en el caso de que constituyan enfermedades permanentes, pero si la mental en todo caso, aunque siempre en proporción a su intensidad.

Una situación semejante a la enfermedad mental era la de los pródigos, a quienes por la dilapidación de sus bienes se les privaba de la administración de sus bienes, dándoles el derecho un *curator*, igual que a los locos.

D. *Religión*.—Era la religión que se profesaba otra causa de modificación de la capacidad civil, que en la época pagana no afectaba a la capacidad jurídica relativa al Derecho privado, y si tan sólo en el Derecho público, en su esfera penal, por el derecho de coerción de los magistrados en la época imperial de las persecuciones contra los cristianos.

Pero proclamado el Cristianismo como religión oficial, ya se ven en el Derecho Romano bizantino numerosas limitaciones impuestas en el Derecho privado a que están afectos los paganos, herejes, apóstatas y judíos, de tal modo que la capacidad civil plena está reservada para los cristianos ortodoxos. A los que no lo son, se les prohíbe tener esclavos cristianos, se les señala incapacidades para celebrar matrimonio, no pueden adquirir por testamento, y hasta incluso ser testigos en las vías de recurso o procedimientos judiciales.

E. *Condición de las personas*.—Influyen también en los derechos el orden a que uno pertenecía, la dignidad de que cada uno estaba revestido, el estado y la profesión que ejercía.

Así, numerosos privilegios pertenecen a los militares, sobre todo en materia hereditaria. Por otro lado, son infames de derecho los actores, los usureros y los deudores cuyos bienes han sido vendidos públicamente (15). Están tachados con una infamia secundaria, *levis nota*, los hijos de los actores, los manumitidos y sus hijos, los que ejercían ciertas profesiones mal reputadas y las personas de condición ínfima (16), o *plebet*, en sentido restringido.

F. *Domicilio*.—La noción del domicilio se determina por la residencia legal o jurídica de cada uno, el pueblo donde se suponía que estaba siempre, y era aquel en que la persona residía de ordinario y en donde tenía sus bienes, familia o su ocupación diaria. Presenta una Constitución de Diocleciano y Maximiano una elegante descripción del domicilio (17): *ubi quis larem rerumque el fortunarum suarum summan*

(12) V. Winscheid, Savigny, Dernburg, obs. cit. —Van Weter. *Derecho Romano*. Trad. Micheliens.

(13) D., 50, 6, 3.—D. 50, 6, 101, § 2.

(14) D., 27, 10, 1 pr.

(15) D., 3, 2, 1 in.—C. 2, 12, 20.—C. 2, 12, 11.

(16) C., 5, 5, 7.—D., 3, 2, 4, § 2.—D., 50, 2, 12.

(17) C., 10, 30, 7.

constituit; unde non discessurus si nihil avocet; unde cum profectus est peregrinari videtur; quod si rediit peregrinari iam destitit.

Era cuestión de muy grande interés el saber cuál era el domicilio legal de cada individuo, principalmente en los tiempos en que los pueblos se diferenciaban tanto por razón de las concesiones más o menos amplias del *ius civitatis*. Posteriormente desapareció este interés en cuanto al Derecho público; pero en cuanto al privado, conservó siempre gran importancia.

Se diferenciaba el domicilio de la residencia, pues ésta, siendo habitual de una persona, es el lugar donde ella está, a menos de ser llamada a otra parte (18), resultando la residencia un simple hecho de permanencia, mientras que si se trata de saber cuál es el domicilio de una persona, es necesario preguntar dónde está el centro de sus negocios, su principal establecimiento (19).

En general, toda persona tiene un solo domicilio, a excepción de los vagabundos, que no tienen ninguno (20); pero se tienen dos domicilios si se poseen al mismo tiempo dos establecimientos en lugares diferentes, sin que se pueda decir cuál de ellos es el principal (21).

Existía un domicilio de *origen*, que es el que la persona adquiere por virtud del nacimiento, y que para los hijos legítimos es el del *pater familias*, y para los ilegítimos el de su madre (22). Y también había un domicilio *necesario*, si era forzosa la residencia en cierto punto, y otro *voluntario*, que era el que la persona adquiría a su voluntad, traspasando a alguna parte su establecimiento principal. No exige sólo este último un cambio de residencia, sino, además, la intención de fijar en la nueva residencia el centro de sus negocios, resultando, por tanto, que tal cambio es una pura cuestión de hecho quedada a la apreciación del juez.

En su consecuencia, para fijar un domicilio voluntario se requería que la persona se estableciese realmente en un lugar y tener la intención de permanecer en él hasta que razones particulares le moviesen a dejarlo (23), y de aquí que, en otro caso, el domicilio fuese necesario o legal, que algunas personas tenían en un lugar determinado, porque la ley presumía que allí tienen su establecimiento principal. Tales eran: los *desterrados*, en el lugar de su destierro, o los *deportados* y *relegados* allí donde cumplen su pena (24); los *soldados*, en el punto donde están de guarnición (25); los *funcionarios públicos*, en donde ejercían sus destinos, siendo vitalicios e inamovibles; conservando su antiguo domicilio al lado del domicilio legal (26); las *mujeres casadas*, en el de sus maridos (27); los *hijos de familia*, o impúberes bajo potestad, en el de sus padres, a no ser que se hubiesen establecido en otra parte con el consentimiento de aquéllos (28); los *impúberos sui iuris*, en el de la persona encargada de su educación (29), y, por último, los *enajenados*, en la casa de su curador (30).

Un efecto importante de la determinación del domicilio se encuentra en que el juez del domicilio de una persona es competente para conocer

(18) C., 10, 39, 7.

(19) D., 50, 1, 27, § 1.

(20) D., 50, 1, 27, § 2.

(21) D., 50, 1, 27, § 2 in.

(22) D., 43, 30, 1 pr. y 3 pr.—D., 1, 5, 19.

(23) D., 50, 1, 17, 13, 20.

(24) D., 50, 1, 22, § 3.—D. 50, 1, 27, § 3.

(25) D., 50, 1, 23, 1.

(26) D., 50, 1, 22, 1.—C. 10, 39, 8 y D., 1, 9, 11.

(27) D., 50, 1, 22, 1.—y D., 50, 1, 38, § 3.

(28) D., 50, 1, 3 y 4.

(29) D., 27, 2, 1 pr.

(30) D., 27, 10, 7 pr.

las acciones dirigidas contra ella, *actor sequitur forum rei*, y también que los acreedores de una sucesión pueden también perseguir al heredero en el último domicilio del causante o *de cuius* (31), (32).

G. *Parentesco*.—La idea de parentesco, *cognatio*, supone un lazo o vínculo entre dos personas que descienden la una de la otra o bien de un tronco común. Con arreglo, por tanto, a esta noción, los parientes lo eran, o porque unos descendían de los otros, ya inmediatamente, ya mediando alguna persona, o porque sin descender unos de otros procedían, sin embargo, del tronco común (33).

En el primer caso antes señalado, formaban entre sí los parientes lo que se llamaba la línea *recta* o *directa* (34), la que se denominaba *ascendente* o *superior* cuando se contaban sólo las personas de quienes procedía una persona dada, y *descendente* o *inferior* si se contaban sólo las que descendían de la misma (35). En el segundo caso se formaba la línea *colateral* u *oblicua*, *línea transversa vel obliqua*, y los parientes que sin descender de otros procedían de un tronco común se llamaban colaterales (36).

Se hablaba también del *grado*, es decir, de la distancia que existe de un pariente al otro, determinándose éste, según el Derecho Romano, por el principio de que cada generación formaba un grado, y, por consiguiente, dos parientes distaban tantos grados entre sí cuantas generaciones era preciso contar hasta unirlos con el tronco común (37): *tot sunt gradus, quot sunt generationes*, y en la línea colateral se hacía el cálculo de generaciones sumando las dos series de generaciones que separan, respectivamente, a cada pariente del tronco común (38). Así, pues, el padre y el hijo, por ejemplo, estaban en primer grado, el abuelo; y el nieto en el segundo, unos y otros de la línea recta, y los hermanos estaban en segundo grado, el tío y el sobrino en tercero, y los primos o hijos de hermanos en cuarto, de la línea colateral (39).

Utilizaron los romanos para designar el parentesco, según el grado y la línea, diversos nombres, en relación a las personas a quienes se hacía referencia, que eran los mismos que, traducidos literalmente, usamos en el lenguaje moderno. Así, *pater*, padre; *mater*, madre; *avus*, abuelo; *proavus*, bisabuelo; *abavus*, tatarabuelo; *avia*, abuela; *proavia*, bisabuela; *abavia*, tatarabuela; *filius*, hijo; *filia*, hija; *nepos*, nieto; *pronepos*, biznieto; *abnepos*, tataranieto; *alnepos*, cuarto nieto; *frater*, hermano; *soror*, hermana; *patruus*, tío; *amita*, tía paterna, y *matrtera*, tía materna.

Por otra parte, la cognación se distinguía, además, en *legítima* o *ilegítima*, según procedía de legítimo matrimonio o de concubinato u otra unión ilegítima, y también, en la línea colateral, se llamaban *germanos* los parientes que procedían de un mismo padre y de una misma madre, y *unitaterales* los que descendían de una misma persona, pero de matrimonios diferentes, en cuyo caso tomaban la denominación de *consanguíneos* si el padre común era el varón (40), y *uterinos* si lo era la mujer (41). En el antiguo Derecho Romano, los germanos y los consanguíneos tenían sobre los uterinos la ventaja de ser agnados, y por

(31) C., 3, 19, 3 in.

(32) D., 5, 1, 19 pr.

(33) D., 38, 10, 4, § 1.

(34) Paulo, IV, 11, § 7 in.

(35) I., 3, 6, pr. in.

(36) C., 5, 27, 9, § 1.—Nov., 118, 2, 3.

(37) C., 35, 3, 2.—I., 3, 6, § 7.

(38) D., 38, 10, 10, § 9.

(39) D., 38, 10, 1, §§ 3, 4, 5, 6 y 7.

(40) I., 3, 2, 1.—D., 38, 16, 2 pr.

(41) Nov., 118, 2, 3.—D., 38, 10, 10.

efecto de esta asimilación de los consanguíneos a los germanos las fuentes dan con frecuencia a unos y otros el nombre de *consanguinei*.

Podía darse el caso asimismo de que dos personas estén unidas por varios vínculos de parentesco (42), y por ello, al lado del parentesco llamado *simple*, en el que los parientes lo eran de un sólo modo, existía el parentesco *doble* o *múltiple*, en el que los parientes lo eran de varios y diversos modos. Este parentesco doble se constituía cuando dos personas parientes entre sí, o al menos parientes de otra tercera que lo era de ambos, procreaban hijos, o cuando una misma persona procreaba hijos con otras dos parientes entre sí, o también, finalmente, cuando dos parientes procreaban hijos con otras dos parientes también.

El parentesco antes descrito da lugar, como se observará en el estudio de las Instituciones, a la sucesión *abintestato*, a la tutela legítima, a la prestación de alimentos, a impedimentos para el matrimonio, al beneficio de competencia y a la dispensa de declarar en juicio.

La cognación así expuesta creaba los parientes naturales, o sean los ligados por el vínculo de la sangre, a diferencia de los civiles, que eran los parientes por adopción, y tales parientes naturales, como ya antes se ha dicho, eran a su vez o *iusti vel legitimi liberi*, legítimos, o *non iusti vel legitimi liberi*, ilegítimos. Ahora bien, estos últimos comprendían los hijos *concubinarios*, llamados en las fuentes *liberi naturalis* (43), habidos en concubinato; los *adulterinos*, *adulterini* (44), provenientes del adulterio de una mujer casada, ya que en el adulterio del hombre casado es imposible hacer constar la filiación adulterina que pueda resultar, puesto que la cómplice del marido puede tener otro padre que no sea éste; los hijos *incestuosos*, *incestuosii*, que provienen de una unión prohibida por causa de parentesco (45), y, por fin, los *bastardos ordinarios*, que son los demás hijos ilegítimos. Todas estas categorías se denominan *spurii vel vulgo concepti* (46).

Todas estas categorías o figuras jurídicas de filiación tenían su importancia ante el Derecho. De igual modo que el vínculo de la sangre sobre que descansa, el parentesco natural era indestructible (47), no terminando sino por la muerte natural o por consecuencia de la pérdida de la libertad o de la ciudadanía (48), mientras que el parentesco civil concluye cuando la adopción desaparece (49). En virtud de una presunción legal, los hijos legítimos tienen a la vez padre y madre ciertos, porque se considera que tienen por padre al marido de su madre, *pater vero is est, quem nuptiae demonstrant* (50), y están sometidos a su potestad (51) y siguen su condición (52), mientras que los hijos ilegítimos tienen su madre cierta (53) y gozan para con ella de todas las ventajas del parentesco (54). Pero, en general, no tienen padre ante la ley, ni siquiera en virtud de un reconocimiento (55), tampoco pueden ser legitimados, nacen *sui iuris*, y siguen la condición de su madre (56). Este máximo rigor sólo disminuye con los hijos concubinarios, pues

(42) D., 38, 10, 10, 4.

(43) I., 3, 6, 13 in.

(44) D., 48, 5, 11, § 9.

(45) I., 1, 10, 1 in.

(46) D., 50, 17, 8.

(47) D., 1, 5, 23.

(48) D., 38, 10, 4, § 11.

(49) I., 2, 13, 4 in.

(50) D., 2, 4, 5.

(51) I., 1, 9 pr.

(52) D., 1, 5, 19 in.

(53) D., 2, 4, 5 in.

(54) I., 1, 10, 12.

(55) I., 1, 10, 12.

(56) Nov., 89, 15 pr.—I., 1, 10, 12.—D., 1, 5, 19.

éstos pueden ser reconocidos por su padre (57), y, en tal caso, permaneciendo *sui iuris* y sometidos a la condición de su madre, gozan para con su padre del derecho a alimentos, de un derecho de sucesión *abintestato* restringido (58) y son admitidos al beneficio de la legitimación.

Por lo demás, la cognación era diferente de la agnación y esta distinción de parientes era capital en la antigua Roma, ya que los cognados, frente a su familia civil, eran considerados como extranjeros, no llegando a la herencia *abintestato* ni a la tutela legítima. En el Derecho de Justiniano han sido asimilados bajo estos dos aspectos a los agnados, y, por lo demás, la importancia de la agnación vino decreciendo, quedando restringida a algunos casos particulares.

II. *Afinidad*.—Figura esta relación, llamada afinidad, *affinitas*, como parental en cierto modo, constituida por el vínculo existente entre cada cónyuge y los parientes del otro: *affinis sunt viri et uxoris cognati* (59). La citada relación, por tanto, se establece, por la unión de los dos sexos, entre uno de los cónyuges y los parientes de su conjunto. Por consecuencia, la afinidad requiere: de un lado, un matrimonio válido, y de otro, un vínculo de parentesco entre uno de los cónyuges y un tercero (60); y supuestas estas condiciones, a consecuencia de la comunidad de vida que crea el matrimonio, los parientes de cada cónyuge vienen a ser casi parientes del otro, y así, los parientes del marido vienen a ser afines de la mujer, y los de ésta del marido (61).

Como dicha afinidad, denominada también *alianza*, no se constituye por el nacimiento, propiamente hablando, no tiene grados (62); pero, sin embargo, la idea de unidad entre los cónyuges y el que sea casi un parentesco ha hecho que se considerasen como grados las distancias que median entre los afines (63), y, según esto, un cónyuge estaba en tantos grados de afinidad con un pariente del otro cuantos fuesen los de consanguinidad que separaban a los dos últimos (64).

Se designaba la afinidad con diferentes nombres, según el grado de consanguinidad a que se refería, tales como *socer*, suegro; *socrus*, suegra; *gener*, yerno; *nurus*, nuera; *vitricus*, padrastro; *noverca*, madrastra; *privignus*, hijastro; *privigna*, hijastra; cuyos nombres, lo mismo que los de la cognación, se han conservado en la actualidad.

No existe afinidad entre el marido y la mujer (65), pues la relación conyugal es una relación *sui generis* distinta del parentesco y de la afinidad, no pareciéndose ni al uno ni a la otra, resultando imposible determinar el grado de afinidad entre los cónyuges; sin embargo, debe advertirse que este extremo ha sido muy discutido, manifestando en contra su opinión autores respetabilísimos (66). Tampoco hay afinidad entre los parientes del marido y los parientes de la mujer (67), ni entre cada cónyuge y los afines del otro (68).

En cuanto a los efectos de la afinidad, da lugar en ciertos casos a una obligación alimenticia, a impedimentos para el matrimonio y a dispensa para declarar en justicia.

Por último, fundada la afinidad en un matrimonio y en un vínculo

(57) Nov., 89, 12 y 15.

(58) Nov., 89, 12, §§ 4 y 6.—C. 5, 27.

(59) D., 38, 10, 4, § 3.

(60) D., 38, 10, 4, § 3 y 8.

(61) D., 38, 4, 10, § 3.

(62) D., 38, 10, 4, § 5.

(63) D., 38, 10, 10 pr.

(64) C., 35, 5, 3.

(65) D., 38, 10, 4, § 3.

(66) V. Puchta. *Pand.* § 43.—Maynz. *Curso de Derecho Romano*, t. I, pág. 104.

Traducción de Pou y Ordinas.

(67) I., 1, 10, 8.

(68) D., 38, 10, 4, § 3.

de parentesco entre uno de los cónyuges y un tercero, debe cesar con este matrimonio y con este parentesco (69). Siempre los impedimentos para el matrimonio no se revelan entre los afines, sino después de la disolución del matrimonio, ya que no tienen objeto mientras el matrimonio subsista, puesto que una segunda unión es imposible a causa de la prohibición de la poligamia (70).

I. *Consideración civil*.—Para terminar, y como complemento y ampliación del Apéndice II del texto, hemos de hacer algunas consideraciones respecto a esta causa modificativa de la capacidad de obrar, necesaria en Roma, además de los tres estados que constituían la ciudadanía romana.

Consistía la *consideración civil*, sin que esta noción fuera propiamente jurídica, en el juicio formado acerca de un ciudadano, al objeto de que su honor no estuviese manchado por alguna nota infamante, y la integridad de aquel honor constituía el denominado *status illaesae existimationis* (71).

Sin la existimación no podía gozarse de la plenitud de todos los derechos civiles y políticos, y podía perderse enteramente, como sucedía siempre en los casos de capitis disminución máxima o media (72), porque era consecuencia del carácter de ciudadano, que se perdía por aquéllas, y podía también disminuirse simplemente, en cuyo caso el ciudadano sólo quedaba privado de algunos derechos particulares, civiles o políticos (73).

Las alteraciones que podía sufrir la existimación eran de tres clases: *infamia de derecho*, *infamia de hecho* o *torpeza* y la *nota leve*, *infamia*, *turpitud*, *levis nota*. Respecto a la primera de ellas, eran infames todas las personas expresamente designadas como tales en las leyes o en el edicto del pretor a causa de su profesión vergonzosa o de algún delito. Las personas señaladas con esta nota eran *infames* (74), pero había que distinguir dos especies de casos.

En unos se incurría en infamia inmediatamente, sin necesidad de juicio ni de condenación judicial, tan sólo por el hecho de haber cometido el delito o abrazado la profesión infamante, *infamia de derecho inmediata*, y en este caso estaban los que por precio salían al teatro o a los combates (75), los que comerciaban con la prostitución (76), las mujeres públicamente prostituídas (77), los sodomitas voluntarios (78), los mayores de edad que quebrantaban una transacción jurada y libremente consentida (79), los usureros (80), los polígamos (81), las viudas que se casaban antes de concluirse el año de luto (82), los tutores que antes de la mayor edad de sus pupilas se casaban con ellas o casaban a sus hijos, quienes quedaban también infames (83); las adúlteras cogidas *in fraganti* (84), los deudores insolventes que no hacían volunta-

(69) D., 38, 10, 4, § 11.

(70) I., 1, 10, 6 y 7.

(71) D., 50, 13, 5, § 1.

(72) D., 50, 13, 5, §§ 2 y 3.

(73) D., 48, 7, 1 pr.

(74) D., 111, 2.—C., 11, 12.

(75) D., 111, 1, 1, § 6.

(76) D., 111, 2, 4, § 2.

(77) D., 111, 2, 24.

(78) D., 111, 1, 1, § 6.

(79) C., 11, 4, 41.

(80) C., 11, 2, 20.

(81) D., 111, 2, 13, §§ 1, 2, 3 y 4.

(82) D., 111, 2, 11, § último.

(83) D., 23, 2, 66 pr.

(84) D., 23, 2, 43, §§ 12 y 13.

riamente cesión de sus bienes (85) y los soldados privados del servicio con ignominia (86).

Otras veces la infamia era consecuencia de la condenación judicial, *infamia de derecho inmediata*, hecha en virtud de algún delito, como sucedía en todos los delitos públicos ordinarios y algunos de los extraordinarios (87), como también en algunos delitos privados, especialmente el hurto, rapiña e injuria, incurriendo también en infamia los que eran condenados por razón de algunos contratos que tienen por base la confianza, y que por tal causa se llaman *famosum*, como son el mandato, la tutela, la sociedad y el depósito (88).

La *infamia de hecho o torpeza, turpitud*, tenía lugar en los casos en que, aunque ni la ley ni el pretor declarasen la infamia, lo hacían las costumbres y la opinión pública, a causa de la torpeza de la vida o de la profesión, y sus efectos eran casi los mismos que los de la infamia de derecho (89).

Por lo que afecta a la *levis nota* o *nota leve*, recaía sobre los emancipados y los hijos de los que trabajaban en el teatro, y sus efectos eran hacer nula la institución de heredero que alguno hiciese en favor de estas personas y en perjuicio de sus propios hermanos (90). Según el Derecho antiguo, las mujeres que tenían nota leve no podían casarse con los senadores ni con sus hijos, aunque después esta prohibición fué suprimida por Justiniano.

Todas estas especies de infamia se comprendían también en la calificación de torpeza, y en ciertos casos podía borrarse y restablecerse la existimación en su integridad, ya por el senado, ya por el emperador, ya por el pretor, y aun algunas veces por el transcurso del tiempo, según las circunstancias.

Apéndice III.—De las personas morales (1).

136.—Al lado de los seres humanos o *personas físicas*, cuyo estudio acabamos de hacer, el Derecho Romano reconocía también las *personas morales*, que no tienen existencia material y sólo son ficciones jurídicas, abstracciones.

La personalidad moral pertenecía, tanto a las Asociaciones o reuniones de personas que tienen intereses comunes, tales como el Estado, los ciudadanos en general, ciertas corporaciones, las Sociedades constituidas para el arriendo de los impuestos y la explotación de las salinas o de las minas de oro y plata, como a las obras, a los establecimientos de utilidad pública o de beneficencia, tales como los templos, los hospicios o asilos de diversas naturalezas, y las iglesias, bajo los emperadores cristianos.

Según parece, hubo un período bastante largo en el que las personas morales se constituyeron por ellas mismas, sin intervención de los Poderes públicos. Pero al fin de la República, habiéndose mezclado algu-

(85) C., 2, 12, 11.

(86) D., 111, 2, 2, §§ 1, 2, 3 y 4.

(87) D., 111, 2, 1.

(88) D., 111, 2, 6, § 5.

(89) D., 37, 15, 2.

(90) D., 22, 2, 44 pr., § 5.

136. (1) Para traducir la idea de *persona moral*, los textos se valen de la palabra *universitas* (L. 7, §§ 1 y 2, D., *quid iurisc.*, III, 4). Dicen también: *corpus habere* o *vice personae fungi* (L. 1, pr. y § 1, D., *eod.*—L. 22, D., *de fidejuss.*, XLVI, 1).

nas asociaciones en los asuntos políticos ejerciendo una influencia al parecer peligrosa, los emperadores suprimieron un gran número de ellas, y se estableció un nuevo principio: el de que una persona moral no podría existir en lo sucesivo nada más que en virtud de una autorización dada por una ley, un senadoconsulto o una Constitución imperial (Gayo, L. 1, pr., D., *quod cuiusque*, III, 4.—V. n.º 384, nota 1). Algunas veces se concedía la autorización de antemano, y de una manera general, para ciertas categorías de asociaciones, siendo autorizadas de esta manera por un senadoconsulto las Asociaciones funerarias (2).

La persona moral tiene un patrimonio propio. Sus bienes no están indivisos entre los miembros de la asociación; son la propiedad del ser moral (3). Tiene sus créditos propios y sus deudas también propias, a las cuales queda extraño cada uno de sus miembros, y respecto de las cuales no podía ser perseguido en sus bienes personales (4). El ejercicio de los derechos pertenecientes a la persona moral se confiaba, bien a sus esclavos, o bien a una especie de curador que los textos califican de *actor*, *syndicus* o *magister* (L. 1, y L. 2, D., *eod.*).

Como tienen una existencia independiente de los individuos que la componen (5), las personas morales no pueden apenas tener fin, nada más que por la suspensión de la autorización que le dió la vida, o, tratándose de sociedades, por el fin de la explotación que tienen por objeto.

(2) Un capítulo de este senadoconsulto está reproducido en la inscripción de Lanuvio, del año 133 de nuestra era. (V. Girard, *Textos*, p. 888).

(3) Marciano, L. 6, § 1, D., de *div. rer.*, I, 82: *...Nec servus communis civitatis, singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis.*

(4) Ulpiano, L. 7, § 1, D., *quod cuiusque*, III, 4: *Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent.*

(5) Ulpiano, L. 7, § 2, D., *eod.*; *In decurionibus, vel aliis universitatibus nihil refert utrum omnes idem maneant an pars maneant, vel omnes immutati sint. Sed in universitas ad unum redit magis admittitur posse eum convenire et conveniri; cum jus omnium in eum ceciderit et stet nomen universitatis.*

N. del T.—La capacidad artificial de las personas morales no se extiende a los derechos familiares que presuponen siempre un individuo humano sujeto de los mismos, sino que se aplica solamente a los derechos patrimoniales.

En Derecho Romano se distinguían cuatro especies de personas morales:

1.ª Las *corporaciones* o *universidades*, como asociaciones de personas que se unen para un objeto determinado, y a las cuales el Estado otorga los derechos de persona. Estas corporaciones eran término genérico comprensivo de toda clase de asociaciones de personas físicas, con tal que el Derecho público y las leyes del Estado reconozcan a las mismas el carácter de personas jurídicas. Entre los romanos, por ejemplo, eran también corporaciones, además de los municipios y comunes, los *collegia* y *sodalitates*, los *corpora publicanorum*, o sea los de los *socii vectigalium publicorum, salinarum*, etc.

2.ª Las *fundaciones* o *piae causae*, institutos civiles o eclesiásticos encaminados a un objeto de utilidad pública, de beneficencia o de culto (iglesias, monasterios, *noxocomia* u hospitales, *gerontocomia* u hospicios de ancianos, *brephotrophia* o de recién nacidos, *orphantrophia* o de huérfanos, *ptochotrophia* o de pobres, *xenodochia* o de viajeros. También se considera como persona moral el mismo patrimonio de las fundaciones constituido por el conjunto de los bienes y derechos que sirven de medio para obtener el objeto útil a que la fundación está encaminada.

3.ª El Estado, como sujeto de relaciones jurídicas patrimoniales (*fiscus* y *aerarium*).

4.ª La *herencia yacente*, es decir, la herencia del fallecido, que no ha sido aceptada o adida por el instituido heredero, y que es un patrimonio sin dueño (*hereditas jacens*). Sin embargo, no está completamente equiparada a las otras personas jurídicas o morales, pues, por ejemplo, ni podía ser instituida heredera ni se admitía el *furto* en perjuicio de la misma.—V. sobre esta materia Savigny, *Sistema*; Windscheid, *Pandect*; Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*; Ihering, *Espíritu del Der. Rom.*; Ferrara, *Le persone giuridiche*; Mittels, *Römisches Privatrecht*.