

su hijo es quien ha dado su nombre á la llamada CATONIANA *regula*. MANILIO dió igualmente el suyo á las MANILIANAS *actiones*, ó MANILIANÆ *venalium vendendorum leges*, que eran evidentemente fórmulas para los contratos de venta. Finalmente las HOSTILIANAS *actiones* que parece haber sido fórmulas de los testamentos, llevaban asimismo el nombre de HOSTILION su autor. No conocemos los *libri III de jure civili* de MARCO JUNIO BRUTO mas que por el reproche que mereció su hijo por haber disipado los bienes inmensos reunidos por su padre, de los que se hablaba en el preámbulo de esta obra. Por lo demás parece que es efecto de pura casualidad que estos tres libros lleven un nombre igual al que se dió mucho mas tarde á obras célebres por los jurisconsultos Sabino y Casio. La familia MUCIA contó en su seno tres jurisconsultos ilustres que fueron Cónsules; pero solo dos de ellos pertenecen á nuestro segundo período: son P. MUCIUS SCÉVOLA, gran Pontífice y el mas anciano de todos, y su primo QUINTUS que era Augur.

### CAPITULO III.

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

§. CLXXXVII. *Comparacion de las relaciones de este capítulo con el del periodo precedente.*

Es indispensable para comprender perfectamente lo que he de decir sobre el Derecho romano de este período referirse al cuadro que tracé de su estado al fin del período precedente, ó al menos una ojeada comparativa de ambos cuadros. Las comparaciones serán fáciles de hacer por la precaucion que he tomado de seguir en el exámen de las doctrinas un órden exactamente igual en una parte y otra, de tal modo, que ni aun tengo necesidad de citar los párrafos correspondientes. He debido tambien dispensarme de repetir la indicacion exacta de las fuentes de que se pueden sacar los desarrollos de las doctrinas que no he hecho mas que bosquejar. Aquellas eran necesarias, porque la doctrina á que conciernen era absolutamente nueva en el período precedente; son inútiles, pues, una vez establecidas estas.

§. CLXXXVIII. Comparacion de las relaciones del segundo periodo con el siguiente.

Como la mayor parte de las máximas de derecho adoptadas ya hácia el fin de este período, nos son conocidas solo por documentos que datan del siguiente, no es frecuente el poder discernir con precision lo que tenia entonces fuerza de ley, de lo que se introdujo mas tarde. Cualquiera base que se adopte en este punto, no puede menos de inducir á error en una multitud de casos particulares. No obstante, como es preciso partir de un principio cualquiera, yo admito que el jérmen ó principio fundamental ya que no sea el desarrollo completo de todas las doctrinas que no sabemos positivamente, segun los autores, nacieran en el curso del tercer período, existian ya en el segundo. He preferido esta regla á las demás, por sernos mucho mas fácil conocer los cambios sobrevenidos en el curso del período siguiente, que determinar los que tuvieron lugar durante éste. Finalmente, el uso de las citas sacadas de Ciceron y la necesidad de una exactitud escrupulosa en este punto, son casi tan indispensables en el presente período, como el de los fragmentos de las Doce Tablas en el primero.

DERECHO CIVIL.

§. CLXXXIX. Fuentes.

El Derecho civil general comprende, como los mismos Romanos empiezan ya á advertir (§. CLXXXV, nota 1), verdades admitidas por todas las naciones cultas (*jus gentium*) y que servian de guias en todos los negocios en que habia que sentenciar entre individuos libres, pero no Romanos, tan

numerosos en Roma, en Italia, y sobre todo en las provincias. El Derecho romano propiamente dicho (*jus civile*), se aparta, bajo muchos conceptos, del derecho de gentes y no recibe una aplicacion inmediata sino entre los mismos Romanos. Como este derecho descansa sobre leyes fijas, es una distincion importante, la de determinar, si la ley consideraba ó no como nula la accion contraria á su precepto, y si castigaba ó dejaba impune la contravencion (1). A esta idea se refiere la expresion de *minus quam perfecta lex*, empleada por Ulpiano, y la de *lex imperfecta* de que se sirve Macrobio (2). Es probable que por oposicion se admitia la expresion de *lex perfecta*. Al hablar de una ley se encuentran muchos ejemplos no solo de la palabra *rogare* sino tambien de las de *abrogare*, *derogare*, *subrogare* y *obrogare*, y las últimas indican siempre la relacion entre una ley reciente y la que estaba en vigor antes. Se comienza tambien á oponer el derecho civil (*jus civile*) al derecho honorario (*jus prætorium*) y se usa la expresion *ipso jure* para designar todo lo que es conforme al primero de estos derechos (3). Ningun pasaje, sin embargo, de las diversas obras sobre jurisprudencia de que nos quedan fragmentos, nos autoriza á pensar se distinguieran los Edictos del *Prætor Urbanus* de los del *Prætor peregrinus*. Independientemente de estas fuentes generales, se habla tambien siempre que se ofrece la ocasion, de las particulares á ciertas localidades. Asi se vé mencionar una ley para una provincia (*lex provinciæ*) y una ley para una villa municipal (*lex municipii*). A esta distincion se quería aludir indudablemente, cuando se declaraba á falta de ley positiva, que se referian á los usos (*mores*) y á la costumbre (*consuetudo*) de tal ó cual lugar, despues á sus consecuencias, y últimamente al orden de procedimiento adoptado en la misma Roma (4).

(1) No se trata absolutamente de esta rama del derecho general en el *Corpus juris*; dejaron de ocuparse de él á consecuencia de una constitucion que data del período cuarto.

(2) Faltan en Ulpiano esta palabra y la ley que refiere por ejemplo, inme-

diatamente antes de la primera línea que se ha conservado. El modo con que Cujas ha intentado llenar esta laguna, ha recibido muy recientemente mas elogios de los que merece (§. 172, nota 1).

(3) ULP. 1, 10. *Hodie autem IPSO JURE liberi sunt*; y §. 2 (pr.) *Instit.* 3, 9 (10): *Heredes quidem IPSO JURE non fiunt*. Entonces fué solamente cuando el Pretor principió á ejercer alguna influencia sobre el derecho Pretoriano.

(4) *Fr.* 32, pr. *D.* 1, 3; pasaje notable de que se ha formado la palabra *costumbre* (*consuetudo*), para designar, durante muchos siglos, en Italia, Francia y Alemania el derecho vigente en cierta comarca, de cualquier modo que haya nacido.

## PRIMERA SECCION.

### DE LAS PERSONAS.

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

##### §. CXC. SERVI.

Los esclavos (*servi*) continuaron como antes siendo incapaces de ejercer ningun derecho en Roma, aunque se conociesen ya pueblos en que permitia la ley el matrimonio entre personas privadas de la libertad civil (1).

Los esclavos públicos (*servi publici populi romani*) gozaban de derechos mas estensos que los otros, porque la autoridad bajo cuya vigilancia estaban colocados, les aseguraba el goce perpetuo de lo que los últimos solo podian tener por el capricho ó la benevolencia de sus dueños.

El origen de la esclavitud estaba reducido á menor número de casos que en la pasada, porque el robo manifesto (*manifestum furtum*), no llevaba consigo ya la pena de la esclavitud, y la insolvencia de un deudor habia dejado tambien de hacerle esclavo de su acreedor (2).

Es probable que en esta época se ponian mas frecuentemente condiciones y plazos á la manumision, y que así fué como nació entonces el estado de los esclavos llamados *Statu liberi*. Parece tambien que se podia ya instituir por herederos en testamento á sus propios esclavos, á fin de que no faltasen herederos. Siempre que se trataba de determinar los deberes que el liberto debia cumplir para con su dueño actual, se recurria á convenciones verbales y aun

á un contrato especial, cuya ejecucion se aseguraba con juramento. Estos diversos actos ejercian una grande influencia sobre las disposiciones de las leyes en este punto, y notablemente sobre el derecho adquirido por el dueño respecto á la fortuna del que habia sido en otro tiempo su esclavo, despues de la muerte del último. Además de los modos de manumision del derecho romano propiamente dicho (*justa libertas*) habia otro, introducido acaso en favor de los individuos no Romanos; pero que ciertamente se aplicaba tambien en esta época á los esclavos de ciudadanos romanos. Consistia en la simple declaracion hecha por el dueño, sin ninguna otra formalidad, de que daba la libertad á su esclavo (*inter amicos liberum esse jubere*). A la verdad, el esclavo no quedaba libre despues de esta ceremonia; pero en virtud del derecho Pretoriano, estaba exento de todos los inconvenientes de la esclavitud (*servire*), es decir que no se le trataba mas como esclavo. Para expresar su estado se decia entonces de él, *in libertate moratur*, poco mas ó menos como se servia de la palabra *possidere*, hablando de una cosa mueble ó inmueble para hacer conocer la condicion del simple detentador (§. CLXXIX, nota 5) (3).

(1) Toda la intriga de la pieza de Plauto, intitulada *Casina*, versa sobre un matrimonio de esta especie, y se dice en el prólogo que en Atenas, Cartago y *hic in nostra terra*, los matrimonios de los esclavos no son una cosa tan extraordinaria como en Roma.

(2) Pero encontramos ya, por el contrario, que un hombre libre puede llegar á ser esclavo cediendo el usufructo de su persona.

(3) Se encuentra (§. 275, nota 2) la esposicion de esta doctrina que en el curso del periodo siguiente dió nacimiento á los *latini juniani*, en *DOSITHEI Fragm. veter. Icti de juris spec. ed. de manumiss. ed. ROEVER* s. 6. Véanse, segun una traduccion antigua, los términos de que se sirve su autor: *Primum ergo videamus, quale est quod dicitur eos, qui inter amicos veteres (?) manumitebantur, non esse liberos, sed domini voluntate in libertate morari, et a tantum servendi metu liberari. Antea enim una libertas erat... et civitas romana competit manumissis, quæ apellatur legitima libertas, hi autem, qui domini voluntate in libertate erant, manebant servi, et manumissores audebant eos iterum per vim in servitudinem dicere, sed interveniebat Prator, et non permittebat manumissum servire.* §. 7. *Omnia autem tanquam servus acquirebat manumissori...* Hoepfner (§. 77, nota 2) alega contra la autoridad de este pasaje y contra la oposicion emitida en el *Civilistisches Magazin* (tom. 1, p. 222), la de Ernesto (*Ad Tacit. Ann.* 13, 27). Pero desde luego el mismo Tácito es

del parecer de Dositheo: *Quin et manumittendi duas species institutas, ut relinqueretur pœnitentiæ aut novo beneficio locus; quos vindicta patronus non liberaverit, velut vinculo servitutis attinerit*; y ademas Ernesto tiene tambien razon para decir que la *pœnitentia*, de que habla Dositheo, consiste solamente en que el dueño se quedaba en el primer grado de la manumision. Pero Dositheo está muy lejos de decir lo contrario, y atribuir ya al tiempo de que hablamos, la revocacion del esclavo á la servidumbre (*in servitutem revocare*), que se introdujo mas tarde, y podia tener lugar despues de toda manumision, aunque fuera hecha segun las formas mas rigurosas del derecho romano. Por lo demas, se puede referir igualmente á este particular el fr. 10, §. 1. D. 40, 4: *Eum placeat hodie etiam libertatem adimi posse legato*.

## DERECHO DE CIUDADANIA.

### §. CXCI. CIVES ET PEREGRINI.

Habia entre los Romanos que gozaban plenamente del derecho de ciudad y los extranjeros propiamente dichos, una multitud de grados intermedios, segun los cuales, por una parte, podia uno muy bien no ser considerado como Romano, respecto á un Romano propiamente dicho, y por otra, sin embargo, ser mirado como *ciudadano* en la acepcion general de la palabra (*civis*), respecto á otros extranjeros. Tal era la condicion de los Cérites y Latinos, aunque los Cérites, originarios de Ceres, y los Latinos, habitantes del Latium, se hallasen actualmente en posesion del derecho íntegro de ciudad, en una palabra, del derecho Quiritario (*jus Quiritium*). Habia, por el contrario, Colonos latinos (*Latini colonarii*), y tambien ya *dediticios* (*Dedititii*), que estaban en la categoría opuesta.

El pleno é íntegro derecho de ciudadanía, independientemente de los antiguos modos, entre los cuales no habia cesado de figurar jamás la manumision (1), se obtenia muy frecuentemente en virtud de un Plebiscito, ó por una decision particular del magistrado (*magistratus* ó *pro magistratu*). Se adquiria tambien con el ejercicio de ciertas magistraturas (2). Perdíasele aceptando el derecho de vecindad en otra comarca, porque esta aceptacion era incompatible con la cualidad de ciudadano romano. Encontra-

mos tambien empleada la pérdida del derecho de ciudadanía, ya como pena principal, ya como continuacion ó consecuencia de una pena.

El derecho incompleto de ciudadanía, y aun las especies de *extranjeria* que engendraban, sin embargo, ciertos derechos particulares, se obtenian del mismo modo que el pleno derecho de ciudadanía, ya por el nacimiento, ya por la manumision, y no parece que fueran excluidos los manumitidos de ninguna comunidad de extranjeros.

(1) Ferguson (*Progress and termination*, etc., vol. 1, p. 73) afirma sin ningun fundamento que, durante cierto tiempo, se dejó de mirar á los manumitidos como ciudadanos.

(2) Gaj., p. 26, lin. 1 y siguientes.

### §. CXCII. Corporaciones ó personas públicas.

Encontramos ya, como formando parte de las *personas públicas* ó *juridicas* (*persona publica*), en el sentido dado á esta palabra por Frontin, que es en un todo diferente del que le damos, las municipalidades (*municipia*) y todas las otras comunidades, cuyos derechos sobre sus esclavos, sus manumitidos y sus demas bienes llegaron á ser en lo sucesivo objeto frecuente de disposiciones particulares. Es preciso colocar aqui tambien á los dioses (*dii*), respecto á los cuales es preciso observar que se encuentra de ordinario, á continuacion de sus nombres, la indicacion del lugar en que eran adorados, es decir, del templo de que se trataba con su motivo.

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

### §. CXCIII.

Las relaciones sociales que se colocan en esta categoría llegaron á ser mucho mas extrañas las unas que las otras, de las que hemos visto que fueron en su primer germen.

## I. POTESTAS, y 1.º sobre los Esclavos.

Este poder no puede ser ejercido mas que por aquel que, no solamente es propietario *ex jure Quiritium*, sino tambien tiene al esclavo en el número de sus bienes (1). La condicion de los esclavos permanece la misma, en cuanto al derecho; pero, en cuanto al trato, ha llegado á ser mas dura bajo unos conceptos, y mas tolerable en cuanto á otros. Pueden atribuirse las causas que aumentaron su rigor al número prodigioso de esclavos, á lo módico de su precio, al alejamiento en que vivian de su amo, que desde entonces se veia obligado algunas veces á encerrarles en un edificio guardado estrechamente (*ergastula*), finalmente, sobre todo á la depravacion de la mayor parte de ellos (2). Su condicion, bajo otros conceptos, llegó á ser mas tolerable, porque sucedia muchas veces que el esclavo llevaba á mas de un hombre libre por su saber y destreza, ventajas que los Romanos comenzaban á apreciar, y que algunas veces, cuando el amo era rico, eran para el esclavo la fuente de una fortuna considerable.

(1) GAJ., p. 14, lin. 17 y siguientes.

(2) Plauto (*Pseud.* 3, 1) cita en cuanto á esto lo que sucedia (s. 35, nota 3) respecto á un esclavo muy jóven. Podrian citarse tambien pasajes de este autor, que se refieren á esclavos de mas edad.

## §. CXCIV. 2.º Sobre los FILII FAMILIAS. Origen de este poder por el matrimonio.

No era el poder paterno tan considerable como en lo antiguo, porque desde la decadencia de la gentilidad se habian concedido progresivamente efectos cada vez mas extensos á esta especie de afinidad, cuya base no está fundada sobre la autoridad paternal.

En cuanto á las condiciones exigidas para la validez del matrimonio, vemos primero que hacia largo tiempo

que no se tenia en cuenta la igualdad del nacimiento para los Patricios, pero que, sin embargo, se habian creado restricciones para los manumitidos. Parece que el parentesco próximo llegó á ser un obstáculo mas raro que en otro tiempo para esta union (1). La publicidad no era indispensable para la validez del matrimonio. Encontramos usada ya, sin embargo, esta fórmula: *que se casaban para tener hijos (liberorum querendorum causa)* (2). Una promesa de matrimonio (*sponsalia*) no daba lugar á ninguna accion segun el derecho romano, y era esto verosimilmente en virtud de un Plebiscito citado en el §. CXLVII. Refieren los autores tambien, como un cambio introducido particularmente entre los Latinos por la LEY JULIA *de civitate Sociorum*, la abolicion de la queja á que daba materia entre ellos la inejecucion de esta promesa (3). Cuando un individuo hacia una segunda promesa antes de haber declarado que renunciaba á la primera, ó cuando contraia un segundo matrimonio antes de la disolucion del primero, la sola pena en que incurria era la vergüenza y la infamia (4) que resaltaban sobre él.

Con mucha frecuencia la disolucion del matrimonio era el resultado del divorcio. Este último acto no exigia mas que la voluntad de uno solo de los esposos, y se obraba sin necesidad de la intervencion de la autoridad. La restitution de la dote en este caso daba ya lugar á indagar, no cuál de los esposos era el que habia promovido el divorcio, sino quién le habia hecho necesario por su mala conducta (5). Ignoramos si todos estos actos exigian entrevistas y comparencias de los esposos. Finalmente, encontramos disposiciones formales en el Edicto contra la suposicion y supresion del parto, por consecuencia del divorcio (6).

(1) Plutarco (Qu. R. 6) habla de una ley, en virtud de la cual se habia permitido el matrimonio entre primos hermanos, que debe pertenecer al periodo actual. (Véase s. 71, nota 6).

(2) Se ve un ejemplo de ello en Plauto (*Cap. 4, 2, v. 109*).

(3) Aulo Gelio (4, 4) cita á este propósito á Servio Sulpicio en una obra de este jurisconsulto sobre la dote (*de dotibus*).

(4) *Fr. 1, in fin. D. 3, 2*, conforme al Edicto: QUAVE SUO NOMINE, NON JUSSU EJUS, IN CUJUS POTESTATE ESSET, EJUSVE NOMINE, QUEM QUAMVE IN POTESTATE HABERET, BINA SPONSALIA, BINASVE NUPTIAS (IN) EODEM TEMPORE CONSTITUTAS HABUERIT. No obstante, como no encontramos mencionada esta causa en el monumento de Heraclea, en que se habla, sin embargo, de las otras causas de infamia, es posible que date de una época mas reciente.

(5) *Cic. Top. 4. Si viri culpa factum est divortium, etsi mulier nuncium remisit, tamen pro liberis manere nihil oportet*. Compárese con el derecho posterior en Ulpiano (6, 10).

(6) *DIG. 25, 4. De inspiciendo ventre custodiendoque partu*.

### §. CXCIV. 3.º por Adopcion.

Empiezan á quejarse de la adopcion; se la reprocha el que da al padre adoptivo las mismas ventajas que si hubiese engendrado al adoptado (1). Al lado de esta institucion puede colocarse la costumbre que tenian ya los Romanos de declarar por acto testamentario que tal persona debe ser considerada como hija del difunto, cualidad, sin embargo, para cuyo goce se acostumbró un poco mas tarde el que fuese confirmada por un Plebiscito (2). Es verdad que en este caso no podia ejercer el difunto en vida el poder paterno, razon porque Gayo y Ulpiano no colocan esta costumbre en el número de las causas que daban origen á la patria potestad; pero, sin embargo, bajo mas de un aspecto produce absolutamente los mismos resultados que si hubiera gozado el difunto de la patria potestad en la época de su muerte.

(1) Aulio Gelio (6, 19), dice que Scipion, siendo Censor, desaprobó *quod filius adoptivus patri adoptatori interpretamía patrum prodesset*. Es preciso, pues, colocar tambien en este lugar una institucion, cuyo origen se acostumbra hacer descender á una época mucho mas próxima, atribuyéndole á Augusto, solo porque fué este emperador quien desenvolvió y precisó sus efectos.

(2) Así es que en una época bastante lejana de la historia romana, en el curso mismo del periodo siguiente, y sin que entonces se mirara este hecho como una innovacion, vemos al jóven Octavio ser adoptado por el testamento de su tío Julio César, ó al menos arrogado, supuesto que no estaba en poder de su padre. Octavio tuvo la precaucion de hacer reconocer su adopcion por la autoridad, y ademas, habiendo llegado á ser Cónsul, hizo dar un Plebiscito respecto á este punto, formalidad sin la cual no hubiera podido ejercer ningunos derechos sobre los libertos del testador (*App. Bell. Civ. 3, 14 y 94*). La adopcion por testamento no era, pues, una simple institucion de heredero hecha bajo la condicion de que la persona adoptada tomara el nombre del testador.

### §. CXCVI. II. MANUS.

Es cierto que en esta época muchos matrimonios, quizá casi todos, principiaban y continuaban sin que la mujer fuese colocada bajo la mano del marido (*in manum conventio*). Aun puede dudarse que fuera necesaria la usurpacion para impedir esta *conventio*, pues que la usurpacion habia sido abolida, no solamente por Plebiscitos, sino tambien por el uso general. Muchas veces, por el contrario, se aplicaba la coencion (*coemptio*) á otra multitud de doctrinas extrañas al matrimonio, como nos lo da á entender Ciceron, y ademas sabemos hoy positivamente por el manuscrito de Gayo. Así se recurria á ella: 1.º de parte de la mujer, para librarse de la tutela humillante de sus agnados, indudablemente por oposicion á este paso, se habla de las Romanas que jamás habian sufrido la *capitis disminucion* (*quæ se capite nunquam dimi- nuerant*); 2.º en la posesion de bienes (*bonorum possessio*), en virtud de un testamento; 3.º finalmente, cuando un heredero no queria encargarse del culto privado (*sacra*) en la sucesion que recogia; con motivo de esta circunstancia, y probablemente con el fin de desembarazar al heredero de este cuidado, se trata de los viejos que tenian por oficio en Roma hacerse adquirentes ficticios de derechos hereditarios, á fin de restituir al heredero, mediante un salario que recibian, la parte útil de la sucesion, y guardar para sí el culto privado, que debia extinguirse bien pronto por su muerte (*senes ad coemptiones faciendas*) (1). Esto puede haber dado origen al término de *coemptionalis senex* (2), aunque, en verdad, Plauto no emplea este último sino con motivo de la venta de los esclavos.

(1) Ciceron (*pro Mur. 12*) habla de esto despues de haber dicho una palabra del tutor de las mujeres (*tutoris optio*), y antes de otra circunstancia relativa á la *in manum conventio*.

(2) Los pasajes mas antiguos y positivos sobre este punto son: 1.º uno de Plauto (*Bac. 4, 2, v. 53*), en que Priamo es designado por burla bajo este nombre: 2.º y otro de una carta de Curius, de que se ha hablado antes (s. 86, nota 2), y en que este, burlándose igualmente, dice que no es bueno para nada y no se saca-

ria de él gran provecho, aunque se le pusiera en almoneda, *inter senes coemptionales*. Ernesto se ha permitido suprimir en esta frase la palabra *senes* que, sin tener en cuenta el pasaje de Plauto, la hace derivar del de Ciceron citado en la nota precedente.

### §. CXCVII. III. MANCIPIUM.

El derecho del que poseia por mancipacion (*mancipatio*) un hombre libre (*liberum caput*), sin ejercer sobre él el poder paterno, ni tenerle en su mano (*manus*); este derecho, decimos, se desenvolvió durante el segundo período de un modo distinto que en tiempo de las Doce Tablas. Finalmente, no era casi nunca sino pasajero y aparente, escepto en el caso en que el padre habia dado á su hijo en reparacion de un daño causado por él (*noxæ*); pero en ningun caso autorizaba para maltratar á aquel sobre quien se ejercia (1).

(1) GAJ., p. 39, lin. 24; p. 40, lin. 1.

### §. CXCVIII. Fin de la POTESTAS, MANUS y MANCIPIUM.

Es cierto que en esta época podia uno librarse de la autoridad paterna sin estar obligado por-ello á pasar á otra familia por adopcion. Es probable tambien que se hubiera establecido la costumbre de hacer las tres ventas sucesivas del hijo, siempre al mismo comprador (1). Entre las causas que hacian la mancipacion mas frecuente y necesaria, debemos indudablemente colocar tambien los Plebiscitos, en virtud de los cuales un jefe de familia era generalmente mas favorecido en las distribuciones públicas y otras circunstancias semejantes, que el hijo sometido á su poder. El individuo colocado *in mancipium* podia llegar á ser libre por el Censo, aun sin la voluntad de aquel de quien dependia, á menos que el padre quisiera volverle á tomar bajo su poder, ó que hubiera sido abandonado (*noxæ*) (2).

(1) GAJ., p. 35, lin. 18 y 22.

(2) GAJ., p. 39, lin. 15 y siguiente

### §. CXCIX. Tutela.

Investigando el origen de la tutela testamentaria, descubrimos que algunas veces aquel en cuya *mano* estaba una mujer romana, le daba por testamento el derecho de escogerse un tutor (*tutoris optio*) (1). Esta eleccion de tutor nos era conocida por el Senado-consulto sobre las *hacanas* (2); Plauto alude á ella (3), pero Ulpiano no dice nada. Desde el descubrimiento del manuscrito de Gayo, solamente sabemos que era, ya *plena* (*plena*), ya *limitada* (*angusta*), segun que la eleccion era ilimitada, ó limitada á cierto número de casos (4). Es probable que se llamase entonces el tutor *tutor optivus* (5).

Es preciso referir ahora, tanto á la tutela de los impúberes como á la de las mujeres, por una parte el tutor dado en virtud de la ley (*atilianus tutor*), por otra el tutor pretoriano (*Prætorianus* ó *prætorius tutor*), nombrado segun el derecho consuetudinario, y con el mismo tutor, en el caso de un negocio jurídico. No es posible admitir aun la tutela de la madre (6). Era lícito ceder á otro la tutela de una mujer romana; pero solamente en materia de tutela legítima (*legitima*), y no de tutela fiduciaria (*fiduciaria*); tal es al menos la opinion de un gran número de autores, aunque Gayo, bajo este aspecto, califica de *legitima* la que ejerce el padre sobre la hija emancipada (7), que es considerada ordinariamente como *fiduciaria*.

Solo durante el segundo período es cuando el caso por el cual la mujer romana está sometida á la tutela, se encuentra limitado únicamente al de la enagenacion de una cosa susceptible de mancipacion (*mancipi res*). Su carácter particular, además, y esto indudablemente tambien desde la misma época, es no ocurrir con mucha frecuencia mas que de *nombre* (*dicis causa*), es decir, que es verdad que era necesario consultar frecuentemente al tutor; pero que este no tenia la eleccion de dar ó rehu-

sar su autorizacion (*auctoritas*), de tal modo que no pesaba sobre él responsabilidad alguna, porque no obraba sino estrechado por el Pretor. No era pues en la esencia mas que una especie de testigo. Esto, sin embargo, deja de verificarse cuando el tutor es heredero legitimo (*legitimus hæres*) de la mujer (8).

El Derecho romano no fijaba aun un cierto número de años, al espirar los cuales debiese cesar la tutela de los impúberes. Efectivamente no habia aun mucho tiempo que se empezaba á tener en Roma ideas claras sobre los distintos períodos de la vida humana, y no se hacia mencion de ellos mas que bajo las relaciones físicas (9). Tampoco se habla en esta ocasion de la edad de doce años como la en que acaba la tutela de las mujeres romanas.

(1) GAIJ. *Instit.* p. 42, lin. 1.

(2) Entre las recompensas concedidas á Fescennia Hispala (Liv. 39, 19), se distingue entre otras la de: *Uti tutoris optio item esset, quasi ei vir testamentó dedisset.*

(3) PLAUTO. *Truc.* 4, 4, v. 6. *Qui manu me tutorem adoptavit bonis*, dice una jóven hablando de su amante que se lo habia sacrificado todo.

(4) GAIJ, p. 42, lin. 6, 16.

(5) Lin. 16, 19.

(6) La frase de Tito Livio (39, 9): *sub tutela matris... et vitriæ... educatus fuerat*, no prueba que una mujer pudiese ejercer una verdadera tutela.

(7) GAIJ, p. 47, lin. 18.

(8) P. 50, lin. 23 y siguientes. Por consiguiente, Gayo habla de esto antes de ocuparse del origen de la tutela, y examinando una cuestion que por otra parte habia discutido ya sin duda en otras obras, la de saber si deben referirse todas las tutelas á cinco clases, ó á tres solamente, ó si hay tantos géneros como especies diferentes. Parece que Ciceron alude á este apremio ejercido para con los tutores, cuando dice que hay tutores que *potestate mulierum continerentur* (*pro Mur. c. 12*).

(9) El uso, nuevamente introducido, de cortarse la barba, no permitia reconocer tan fácilmente á primera vista, si el hombre á que se hablaba habia cumplido la edad de la pubertad; pero para ocurrir á este inconveniente, tenian los jóvenes gran cuidado de dejar crecer su barba. *Bene barbati è imberbes*, son dos palabras que se encuentran juntas muchas veces, y se advierte en las medallas que son precisamente los emperadores de edad poco avanzada los que llevan mas larga barba (ECKHEL, vol. VI, p. 77).

### §. CC. CURA.

La curaduría se aumentó en esta época con nuevas especies que introdujo el Pretor. Fué primero la que se debía

ejercer sobre los pródigos de que no hablaban las Doce Tablas, y despues la de los menores de 25 años (*minores XXV annis*), es decir, sobre los individuos que, púberes hacia poco tiempo, no estaban aun en estado de administrar bien por sí mismos sus negocios (1).

(1) ULP. 12, 3 y 4.

## SEGUNDA SECCION.

### DE LAS COSAS.

#### §. CCI. Cosas EXTRA COMMERCIIUM.

Vemos en esta época ejercer derechos ciertos sobre cosas que, por el derecho natural, son comunes á todo el mundo (*res extra commercium*). Derivábanse estos derechos: 1.º ó de un simple contrato (*locatio et conductio*), es decir, de un contrato ordinario, tal como se usaba en toda otra ocasion entre dos particulares, y respecto á las propiedades privadas, modo que fué determinado mas positivamente por el pasaje del Edicto que trata de los derechos sobre las superficies (*superficies*) (1); 2.º ó eran arreglados por un convenio de naturaleza especialísima, y de ningun modo susceptible de aplicacion á las propiedades territoriales pertenecientes á particulares. En virtud de este convenio se reconocian entonces campos llamados *Agri vectigales* ó *possessiones* en este sentido particular. Se pagaba por cada rédito ó locacion (*vectigal*), un quintal de trigo, dos de frutos y además cierta retribucion por el derecho de pasto (*scriptura*) (2).

(1) Como Ernesto (*Clavis Cicer. v. SUPERFICIES*) pretende que esta palabra y la de *area* son sinónimas, conviene hacer observar en este punto, que la sinónima es mas bien aplicable á las espresiones de *superficium* y *superficies*, comparadas con la de *ædificium*. Asi es que Tito Livio (5, 54) une por un lado las palabras *superficies* y *tigna* con las de *solum* y *terra* por otro.

(2) El titulo del DIG. 6, 3: *Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius petatur*, tiene mas relaciones con el objeto de que nos ocupamos, que el corto número de pasajes que versan sobre esta materia en el mismo párrafo. Se habla muchas veces de un modo formal, en el monumento conocido con el nombre de *Obligatio prædiorum* (c. 5. IV), del caso en que uno ofrece sus fundos, *deducto vecti-*



*gali*, mediante cierta suma. Pero como se encuentran allí algunas veces estas palabras: *et eod quod Cornelius Gallicanus obligavit* (lo que no quiere decir *ha empeñado*, sino *se ha dejado empeñar*), se pregunta si *deducto vectigall* significa que es preciso deducir el mismo compuesto, ó si se entiende solamente que se deduce de la masa de bienes todo lo que era *ager vectigalis*. Parece que esta última interpretacion es tanto mas probable, cuanto que la obligacion se aplicaba mucho mejor á lo que no era *ager vectigalis*. Véase la relacion que hace M. de Savigny, de la Memoria de Wolf sobre este punto, en los *Heidelberger Jahrbuecher der Jurisprudenz*, es decir, en los anales de jurisprudencia de Heidelberg (tom. II, p. 254).

### §. CCII. Servidumbres.

INSTIT. 2, 3. *De servitutibus*. 4. *De usufructu*. 5. *De usu et habitatione*.

DIG. El VII libro, de las servidumbres personales, y todo el VIII, de las servidumbres de un fundo.

Las cosas incorporeales se nos ofrecen ahora grabadas con ciertas servidumbres cuya estension restrinjian los juriconsultos romanos por miras particulares de dos modos diferentes (1): 1.º desde luego declarando que estos derechos no podian jamás obligar al propietario de la cosa sometida á la servidumbre á *dar* ni á *hacer*, sino solamente á *sufrir* de un modo puramente pasivo, lo cual se expresaba diciendo que toda servidumbre consistia *in patiendo* y no *in faciendo*. Era posible, sin embargo, que la servidumbre á que estaba obligado, le impidiese algunas veces usar de su propia cosa (2); 2.º restrinjian tambien la estension de estas servidumbres, ya no concediéndolas jamás á un individuo á título de propiedad, ó en otros términos, como formando respecto á él un derecho perfectamente libre y enagenable, sino solamente, y esto no podia encontrarse mas que cuando se trataba de una servidumbre inherente á un inmueble, en su calidad de poseedor de otro fundo vecino (3) y por consiguiente como susceptible de revocacion; lo mismo que lo es todo derecho de posesion; ya en fin, no concediéndolos mas que á su persona sola, lo que no cambiaba nada al derecho en sí mismo, con tal que aquella no hubiera sufrido la *capitis disminucion*. De ahí

resultaba la distincion establecida entre las servidumbres relativas á las cosas, llamadas *prædiorum servitutes*, *rerum servitutes*, ó sencillamente *servitutes*, *jura prædiorum* y las relativas á las personas llamadas *personales servitutes*, *personarum servitutes*, *hominum servitutes*.

La finca gravada con una servidumbre es, ó un fundo rústico (*rusticorum prædiorum servitutes*) ó un edificio (*urbanorum prædiorum servitutes*). Entre las rústicas, los derechos de camino llamados *iter*, *actus* (ambas palabras derivadas de verbos) *et via*, que he definido ya antes (§. LXXXV) asi como el derecho de acueducto (*aquæductus*) son probablemente las mas antiguas. Efectivamente el §. II, *Inst.* 2, 3, despues de haber hablado de ellas, añade, antes de designar las otras: *inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant*, etc., etc.; además Ciceron mismo coloca ya el derecho de llevar sus ganados á beber en el fundo de otro (*aquæ haustus*) en el número de estas servidumbres. En cuanto á las urbanas, eran consideradas mas bien como una especie de bienes raices de poca estension, que como derechos incorporeales, lo cual se prueba por el *fr.* 14, *pr.* D. 8, 1, que dice al hablar de ellas, *corporibus accedunt*, y el *fr.* 17. D. 44, 1, en que se dice igualmente *diversa corpora sunt*. Y esto es sin duda lo que nos explica por qué Gayo ni aun las menciona, cuando entra respecto á las cosas *mancipi* en detalles de que nos aprovecharemos en lo sucesivo.

No hay mas que dos clases de servidumbres personales: 1.º el usufructo (*usus-fructus*, que se escribia en un principio *usus et fructus*) es decir, el derecho ilimitado al uso y á los productos de una cosa, siempre en tanto que pudiera conciliarse este derecho con el del mismo propietario. De ahí resulta que jamás puede ejercerse sobre cosas cuya sustancia destruye ó desnaturaliza necesariamente el uso (4), y con este motivo algunos juriconsultos empezaban ya á establecer que el hijo de una esclava (*ancilla*) no debe ser considerado como producto, sino como una simple acce-

sion (*accessio*) de la madre (5); 2.º el uso (*usus*), es decir, el solo derecho de usar de los frutos sin absorber su totalidad, cuando la naturaleza misma del objeto, cuyo uso ha sido legado, no hace imposible esta diferencia. De ahí es que solo pueden distinguirse el uso y usufructo, examinando el mayor ó menor grado de utilidad ó de ventaja que se puede sacar de una cosa (6). En cuanto al derecho sobre los servicios de los esclavos (*operæ servorum*) y al de habitación (*habitatio*), sin duda no eran considerados todavía como servidumbres propiamente dichas (7). Toda servidumbre personal llevaba consigo además, de parte del que la ejercía, la obligación especial de prestar seguridades para su goce.

(1) A esto indudablemente es preciso referir las palabras de Cicerón (*pro Cæc. 26*), *Decentissime descripta a majoribus Jura*, que se han considerado como demostrativas de que todos estos derechos estaban inscritos testualmente en las tablas del censo. Schrader hace observar sobre el particular que esta doctrina estaba ya casi enteramente desarrollada en tiempo de Cicerón, y que cuando se trata de ella, no se citan, la mayor parte de las veces, sino escritores más antiguos.

(2) Un pasaje muy positivo de Teófilo (2, 3, §. 1) nos prueba que esto ocurría en el caso de la servidumbre *Stillicidii non recipiendi* (*Stillicidii non recipiendi servitus*) que suponía necesariamente en el que gozaba de ella, que en otro tiempo había pesado sobre él la servidumbre de *Stillicidii recipiendi* (*Stillicidii recipiendi servitus*). Establecido una vez este punto, se reconoce bien pronto, que el modo más natural de explicar la servidumbre *altius tollendi* (*altius tollendi servitus*), es admitir que consistía en la libertad de la servidumbre *altius non tollendi* (*altius non tollendi servitus*). En efecto, se dice muy claramente en el §. 2. *Inst. 4, 6* y el *fr. 26. D. 44, 2*, que por este derecho de servidumbre, el propietario á que pertenece tiene la facultad de levantar más su casa, sin tener el vecino la misma facultad para la suya. (*Jus mihi esse ædes meas usque ad X pedes altius tollere*).

(3) La máxima de que para que haya servidumbre es preciso un fundo vecino del que la ejerce (*vicinum ó finitimum prædium*), sufre muchas escepciones que se reducen sin razón á una sola, es decir, al caso en que se mantenga una servidumbre, aun después de la venta del mismo fundo (*Fr. 6, pr. D. 8, 4*).

(4) Cic. (*Top. c. 3*). Es de advertir que Cicerón cita ya por ejemplo el caso tan frecuente del legado de usufructo, hecho por un marido á su viuda. Este derecho es además el que nos presta por la primera vez el principio de que la última voluntad del difunto es el modo más ordinario de adquirir.

(5) Cic. (*de fin. 1, 4*). Se aplicaban también los mismos principios cuando se trataba de los legados (§. 19. *Inst. 2, 20*). Es posible dudar según el §. 37. *Inst. 2, 1*, que los hijos de un animal se hubiesen contado hasta entonces en su producción; pero en cuanto á la idea de fruto aplicada á la especie humana, no ofrece ningún inconveniente en sí misma.

(6) Así es que la doctrina, tan extendida otras veces, de que el *usus* no se

diferencia del *usus-fructus ad necessitatem restrictus*, experimentó de este modo una restricción bastante importante.

(7) M. Gabriel Riedel, profesor de derecho romano en Goettingue, es el primero que me hizo advertir que el legado de los trabajos de un esclavo (*legatum operarum serví*) no daba lugar á una *servitus personalis* de una especie particular. Entre los motivos sobre que apoya su opinión, no citaré más que el *fr. 2. D. 33, 2*. Este punto es muy cierto en cuanto al derecho de habitación, que no llega á ser una especie particular de servidumbre sino mucho tiempo después, puesto que el *fr. 10. D. 4, 5* dice: *Si habitatio legatur..., tale legatum in facto potius quam in jure consistit*. Algunos limitan aun la duración de este derecho á un año solamente (*fr. 3. D. 7, 8*), apoyados en que procurar á uno una habitación, no es necesariamente dársela para toda la vida, aunque tampoco pueda entenderse por ello facilitársela para algunos días solamente.

### §. CCIII. MANCIPI RES.

La división de las cosas en muebles é inmuebles no se aplicaba en todo su rigor en materia de usucapion, porque había entonces en el comercio una masa enorme de inmuebles. Esta comprendía no solamente las tierras públicas (*ager publicus*), que á la verdad eran ya en otro tiempo susceptibles de trasmisión, sino también todos los fundos situados fuera de la Italia (*Italicum solum*) á los cuales no era aplicable la usucapion de dos años.

Pero se había formado en concurrencia con ella, sin que se pueda saber cómo, otra distinción, por la que Ulpiano empezaba la exposición de la doctrina de las cosas al menos en cuanto nos es permitido juzgar por los fragmentos de su obra que han llegado hasta nosotros. Esta diferencia es la que se admitía entre las cosas susceptibles de mancipación (*mancipi res*, palabras cuya inversión es admitida, ó propiamente *mancipii res*), y las que no eran susceptibles de ella (*nec mancipi res*, palabras cuya inversión se admitía también). Gayo y Ulpiano nos dan á conocer como parte de la primera clase:

1.º Las tierras situadas, ya en Italia, ya en las comarcas que eran consideradas como partes de ella, en cuanto á los derechos de que gozaban.

2.º Las servidumbres con que está gravado todo inmueble que no sea un edificio; pero se ignora si todas estaban en este caso, ó solamente las designadas á es-