

XIII. Suspectum enim eum putamus, qui moribus talis est ut suspectus sit. Enimvero tutor vel curator, quamvis pauper est, fidelis tamen et diligens, removendus non est quasi suspectus.

13. Juzgamos sospechoso aquel que por sus costumbres merece ser tenido por tal. Mas el tutor ó el curator, aunque sea pobre, con tal que esté dotado de fidelidad y diligencia, no ha de ser removido como sospechoso.

No sólo debe prestarse seguridad á la fortuna, sino tambien á la moralidad del pupilo : así se debe separar al tutor que tiene malas costumbres, como al que administra fraudulentamente.

RESÚMEN DEL LIBRO PRIMERO.

(DESDE EL TÍTULO I AL XXVI.)

Del derecho y de la justicia.—Derecho natural, derecho de gentes, derecho civil.

El derecho, *jus* (que se deriva de *jussum*, orden), es, en la acepcion primitiva que le daban los romanos, lo ordenado, ó la orden legislativa, ó en otros términos, la ley (*praeceptum commune*, una regla generalmente prescrita). Esta es una accion material, exacta, si se aplica únicamente al derecho positivo, al derecho legislativamente establecido y vigente.

En la época más filosófica de la jurisprudencia romana definian los jurisconsultos el derecho : «*quod semper æquum ac bonum est*», lo que siempre es bueno y equitativo; ó considerándolo en su totalidad : «*Ars boni et æqui*», el arte de lo bueno y equitativo. Esta definicion es absolutamente espiritualista, que se presenta bajo el punto de vista de la razon, y no de la ley positiva; pero es una definicion demasiado vaga, que confunde el derecho con la moral, y que por otra parte se reduce á poner una palabra en lugar de otra; se preguntaba lo que es el derecho, *jus*, y despues se preguntará qué es lo equitativo, *æquum*.

En el progreso de la filosofía moderna es preciso reconocer que el derecho, bajo el punto de vista, no de la ley positiva, sino de la pura razon, es una idea abstracta, difícil de definir, porque las abstracciones no se definen rigurosamente. La nocion más exacta que á nuestro juicio puede darse es decir que el derecho es una concepcion de la razon humana, deducida de las relaciones de

hombre á hombre, segun las cuales tiene uno la facultad de exigir alguna cosa de otro.

Sea como quiera, nosotros debemos considerarlo en esta obra segun el sentido de las ideas romanas.

La justicia es la voluntad de observar siempre el derecho; la jurisprudencia es el conocimiento de este derecho. La primera se define: *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*; la segunda: *divinarum atque humanarum rerum notitia; iusti atque injusti scientia*.

Los preceptos generales del derecho son: *Honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere*. No estaria completo el derecho si le faltase uno solo de estos preceptos.

El derecho se divide desde luego en *derecho de las naciones*, *derecho público* y *derecho privado*.—El *derecho de las naciones* es el que determina los derechos y las obligaciones recíprocas de las naciones en las relaciones que éstas tienen entre sí.—El *derecho público* es el que determina los derechos y las obligaciones recíprocas de una nacion y los individuos que la componen (*quod ad statum rei romanæ spectat*).—El *derecho privado* es el que determina los derechos y las obligaciones recíprocas de los particulares en las relaciones que tienen entre sí (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*).

El derecho privado se descompone, en cuanto á su origen, en *derecho natural*, *derecho de gentes* y *derecho civil*. En este sentido es derecho natural (*derecho de los seres animados*) el que la Naturaleza sola inspira á todos los animales (*quod natura omnia animalia docuit*).—El derecho de gentes (*derecho de los hombres*) es la parte del derecho privado que procede de la naturaleza racional y de las relaciones comunes de los hombres, y que se aplica lo mismo á los extranjeros que á los ciudadanos (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*).—El derecho civil (*derecho de los ciudadanos*) es aquella parte del derecho privado que el pueblo ha constituido sólo para sus individuos, y que sólo se aplica á los ciudadanos (*quod quisque populus ipse sibi constituit*).

El derecho que los mismos hombres han constituido puede alterarse; pero el que procede de la naturaleza de las cosas es inmutable.

El derecho privado, en cuanto á la forma bajo la cual se halla establecido, se divide en derecho escrito y en derecho no escrito.

—El derecho escrito es aquel que ha sido establecido por la voluntad expresa del legislador. Se componia entre los romanos de leyes ó populiscitos, de plebiscitos, senado-consultos, constituciones de los príncipes, edictos de los magistrados, y respuestas de los prudentes.—El derecho introducido por los edictos de los magistrados se llama *derecho honorario* ó *derecho pretoriano*, y entonces el derecho establecido por el legislador se denomina, en oposicion al primero, *derecho civil*.—El derecho no escrito es el que se ha introducido por el uso y el consentimiento tácito del legislador. El derecho privado, considerado en cuanto á los objetos de que se trata, se ocupa de las personas, de las cosas y de las acciones.—Tal es la clasificacion de materias en el método de los juriscultos romanos.

DE LAS PERSONAS.

La palabra persona (derivada de *persona*, que era la máscara con que los actores de teatro se presentaban en la escena dramática) tiene en el derecho dos acepciones.—En una, que es la más amplia, designa: «Todo sér considerado como capaz de ser sujeto activo ó pasivo de los derechos; es decir, de tener ó deber derechos.»—En otra acepcion más limitada, la palabra persona designa cada personalidad, cada papel que el hombre es llamado á representar en la escena jurídica; es decir, cada cualidad en virtud de la cual tiene ciertos derechos ó ciertas obligaciones: por eso se dice la persona de padre, de hijo de familia, de marido, de tutor, etc. En este sentido un mismo hombre puede tener á la vez diferentes personalidades ó representar muchas personas.

Las personas, segun el orden de las Instituciones, se consideran y dividen bajo tres aspectos diferentes: 1.º Con relacion á la sociedad general; 2.º Con relacion á la familia; y 3.º Con relacion á su capacidad ó incapacidad.

DIVISION DE LAS PERSONAS CON RELACION Á LA SOCIEDAD GENERAL.

Bajo este primer aspecto es preciso distinguir á los hombres en libres y esclavos, en extranjeros y ciudadanos, en libertinos é ingenuos.

Cuando se trata de juzgar acerca del estado de un hijo segun el

de sus padres, es preciso recordar estas dos reglas generales: 1.º En el matrimonio legítimo sigue el hijo la condicion de su padre; fuera del matrimonio legítimo, la de la madre. 2.º La condicion del padre debe examinarse en el momento de la concepcion, y la de la madre en el momento del nacimiento. Sin embargo, estas dos reglas experimentan algunas excepciones.

Libres ó esclavos.

Se define la libertad: *Naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quod vi aut jure prohibetur*; y la servidumbre: *Constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*.

El hombre libre tiene derecho para hacer todo aquello que no se halla prohibido por la ley; mas el esclavo no puede hacer nada sino lo que la ley le permite. Los esclavos son tales por derecho de gentes (*ex captivitate*); por nacimiento (*ex ancillis nostris*), siendo preciso considerar en este caso el estado de la madre; por derecho civil, pues en muchos casos la esclavitud es un castigo, como sucede cuando un hombre libre, mayor de veinte años, se ha dejado vender para tener parte en el precio; pero ni la convencion, ni la prescripcion pueden hacer esclavo á uno.

Ciudadanos ó extranjeros.

El título de ciudadano, desde Antonino Caracalla, correspondia á todos los súbditos del imperio, á excepcion de algunos libertinos. En tiempo de Justiniano no hubo ya ninguna excepcion, y la denominacion de *peregrinus* no existia en el sentido en que se tomaba antiguamente, y sólo se daba á los pueblos que no formaban parte del Estado.

Ingenuos ó libertinos.

El ingenuo es aquel que desde el instante de su nacimiento ha sido siempre libre. El libertino el que ha dejado de ser esclavo (*qui desuit esse servus*).—Se dice uno ingenuo cuando procede de una madre libre; bastando que ésta lo haya sido en un solo momento de la gestacion, lo que constituye una excepcion en favor de la libertad, hecha á las reglas ordinarias.

Puede uno ser emancipado por medios públicos, como la vindicta, el testamento, ó la manumision en las iglesias; y por medios privados, como entre amigos, por carta, por codicilo, etc. No habia en tiempo de Justiniano ninguna diferencia en cuanto á los efectos, en recibir la libertad por un medio ó por otro.

En los tiempos de Augusto y de Tiberio, las leyes habian fijado limites para las emancipaciones, como resulta de la ley *Ælia Sentia*, de la ley *Furia Caninia*, y de la ley *Junia Norbana*.

La primera contenia muchas disposiciones que pueden clasificarse del modo siguiente: 1.º Prohibia manumitir á un esclavo menor de treinta años, á no ser por vindicta y con aprobacion del consejo; 2.º Creaba una nueva clase de manumitidos, llamados *dediticios*; Justiniano la derogó en cuanto á estos dos puntos; 3.º Prohibia las manumisiones hechas en fraude de los acreedores; esta prohibicion se conservó; 4.º Prohibia que el señor menor de veinte años pudiese manumitir de otro modo que por vindicta y con aprobacion de un consejo; esta última disposicion se conservó para las manumisiones entre vivos; pero Justiniano en sus Instituciones permitió manumitir por testamento despues de los diez y seis años, y en una novela lo permitió desde que hubiese capacidad de testar, es decir, desde los catorce años.

La ley *Furia Caninia* limitaba el número de esclavos á los que era lícito dar libertad por testamento: esta ley fué derogada por Justiniano.

La ley *Junia Norbana* establecia una tercera clase de manumitidos, que eran los Latinos Junianos; quedó derogada, suprimiéndose toda diferencia entre los manumitidos, y sin tener consideracion ni á su edad, ni á la forma de la manumision, ni al género de propiedad del que manumitia. Eran ciudadanos, y aún se les concedió en una novela el derecho de anillo de oro y el de regeneracion; sólo se diferenciaban de los ingenuos en el derecho de patronato.

Este derecho consistia en tres cosas: 1.º Deberes de obsequio (*obsequia*), que el liberto debia á su patrono, como un hijo á su padre; 2.º Servicios (*operæ*) que le debia cuando los habia prometido como condicion de la manumision; 3.º Derechos de sucesion que tenia el patrono sobre los bienes del manumitido.

Se llaman *statu liberi* los esclavos manumitidos, cuya libertad se hallaba suspendida por un plazo determinado ó por una condicion. Habia acciones que tenian por objeto sostener que un hombre

era libre ó esclavo, ingenuo ó libertino; debian intentarse ante los magistrados superiores: se les daba el nombre de *acciones perjudiciales*, cuyo nombre se aplicaba á algunas otras acciones.

DIVISION DE LAS PERSONAS CON RELACION Á LA FAMILIA.

Los que componian las familias eran ó *sui juris*, dueños de sí mismos, ó *alieni juris*, sometidos al poder de otro.

Por familia (*familia*) se entendia, en un sentido especial, una sola casa, es decir, el jefe y todas las personas que á él se hallaban sujetas; y en un sentido general, las diversas casas que con un mismo origen y descendiendo de un jefe comun formaban reunidas una gran familia, aunque cada una de ellas estuviese gobernada por un jefe diferente.

Las personas *sui juris* tomaban el nombre de *pater familias*, si eran hombres (*qui in domo dominium habet*), y el de *mater familias*, si eran mujeres.

Las personas *alieni juris* se hallaban en otro tiempo ó *in potestate* ó *in manus*, ó, en fin, *in mancipio*; pero en tiempo de Justiniano no existian ya los poderes conocidos con los nombres de *manus* y *mancipium*.

La palabra *potestas* designa el poder del jefe de la familia sobre sus esclavos hijos.

Poder del señor sobre sus esclavos.

El poder sobre los esclavos se extendia á la persona y á los bienes.— En cuanto á la persona, el esclavo era considerado como cosa con respecto á los derechos de propiedad de su señor, y podia ser vendido, donado y legado; pero el derecho de vida y muerte no lo tenía ya el señor, pues segun rescripto de Antonino Pío, el señor que mataba á su esclavo era considerado como homicida, y el que trataba con crueldad á sus esclavos estaba obligado á venderlos bajo buenas condiciones.— En cuanto á los bienes, todo lo que el esclavo tenía ó adquiria era de su señor, el cual á veces le dejaba la posesion y goce de un peculio.

Patria potestad.

El poder que tenían los padres sobre los hijos se templó mucho.— En cuanto á la persona, no tenía el padre ni el derecho de vida

y muerte, ni el de exposicion: no podia vender á sus hijos sino recién nacidos cuando á ello se hallase obligado por una extrema miseria. Su poder paterno se reducía á un simple derecho de correccion doméstica.— En cuanto á los bienes, la legislacion ha admitido sucesivamente muchos peculios, sobre los cuales tenía el hijo derechos de propiedad, más ó menos extensos.

La patria potestad se adquiria, ó por justas nupcias, ó por actos que legitimasen á los hijos naturales, ó por adopcion.

Justas nupcias, concubinato, estupro, contubernio.

Las nupcias, *nuptice* (*matrimonium*), son la union del hombre y de la mujer, con la obligacion de vivir en un comercio indivisible (*vir et mulieris conjunctio, individuum vite consuetudinem continens*).— Las justas nupcias (*juste nuptice, justum matrimonium*) son las nupcias de los que se unen, segun está prescripto por las leyes (*qui secundum præcepta legum coeunt*).

Las justas nupcias producen la patria potestad sobre los hijos y las hijas que de ellas proceden, y sobre los descendientes por varones.

Para que haya justas nupcias es preciso que haya pubertad, consentimiento y *connubium*.— La pubertad se fija á los doce años para las mujeres y catorce para los hombres.— El consentimiento era necesario de parte de los cónyuges y de sus jefes de familia; y si se trataba de un nieto, no sólo de su abuelo, sino tambien de su padre.— El *connubium* era la capacidad relativa que tenían los dos futuros esposos para unirse entre sí.

Los impedimentos para el *connubium*, y por consiguiente para las justas nupcias, procedian de la cualidad de extranjero que tuviese uno de los cónyuges, del parentesco, de la afinidad, ó de algunas otras causas particulares.

El parentesco tiene el nombre general de *cognacion*; á veces procede de la naturaleza, á veces del derecho civil, y á veces tambien de una y otro.— La cognacion natural conserva el nombre de cognacion propiamente dicha, y es el vínculo que existe entre personas unidas por una misma sangre, y que descienden, ó una de otra, ó ambas de un tronco comun.— La cognacion civil toma el nombre genérico de cognacion, pero se llama especialmente *agnacion*, y es el vínculo que existe entre las personas que son individuos de la misma familia civil.— La afinidad es el vínculo que el matrimonio establece entre las dos cognaciones de los esposos.

La celebracion de las justas nupcias no se hallaba, por regla general, sometida á ninguna formalidad legal, pues bastaban el consentimiento de las partes y la tradicion de la mujer. — A veces, sin embargo, se extendia un acta, ya para comprobar las nupcias (*nuptiales tabulae, nuptialia instrumenta*), ya para las convenciones relativas á los bienes (*instrumentum dotale*).

A las justas nupcias pueden preceder los esponsales, con cuyo nombre se conocen las promesas recíprocas de futuras nupcias (*sponsio et repromissio nuptiarum futurarum*). — No dan ninguna accion para obligar al matrimonio.

Las justas nupcias se disuelven por la muerte de uno de los esposos, por la pérdida de la libertad ó de los derechos de ciudad, por la cautividad y por el divorcio. — La mujer no puede volverse á casar hasta pasado el año de duelo.

Las nupcias contraídas contra las leyes son nulas y de ningun efecto, y los hijos que de ellas proceden son considerados como habidos de padre no conocido (*spurií*): la dote queda confiscada, y los culpables son castigados con arreglo á las leyes, si hay incesto ó bigamia.

El concubinato es el comercio lícito de un hombre y una mujer sin que haya matrimonio entre ellos (*licita consuetudo causa non matrimonii*). — Los hijos habidos de ellos tienen un padre conocido, pero no se hallan bajo la patria potestad, y se llaman hijos naturales (*naturales liberi*).

Todo comercio ilícito se denominaba en general *stuprum*, y los hijos que de él procedían *spurií*, y no tenían padre conocido.

La union de los esclavos (*contubernium*) quedaba abandonada á las reglas del derecho natural.

Legitimaciones.

Los actos por los cuales los hijos naturales podían ser legitimados y por consiguiente colocados bajo la patria potestad, eran:

- 1.º El subsecuente matrimonio del padre y de la madre;
- 2.º La oblacion á la curia, en cuyo caso no entraba el hijo en la familia ni adquiría derechos sino respecto al padre;
- 3.º Por rescripto del príncipe;
- 4.º Por testamento.

Estos dos últimos modos fueron introducidos por las novelas de Justiniano.

El efecto producido por estos diversos actos se ha llamado legitimacion. Es indispensable que los hijos á quienes se quiere legitimar consientan en ello, ó al ménos que no se opongan.

Adopciones.

Hay dos especies de adopciones: la adrogacion y la adopcion propiamente dicha. Se distinguen en cuanto á las personas á que se aplican, en sus formas y en sus efectos.

En la adrogacion se adopta á un jefe de familia *sui juris*; en la adopcion á un hijo de familia *alieni juris*. — En otro tiempo habia tambien la diferencia de que los impúberos y las mujeres no podían ser adrogados, pero sí adoptados; pero desde el tiempo de Antonino se permitió la adrogacion de los impúberos bajo ciertas condiciones, y en el de Justiniano tambien la de las mujeres.

La adrogacion se hacía por rescripto del príncipe (*principali rescripto*); y la adopcion, por autoridad del magistrado (*imperio magistratus*).

La adrogacion y la adopcion tenían en otro tiempo por objeto dar la patria potestad sobre el adoptado; pero en tiempo de Justiniano sus efectos eran ordinariamente diversos. — La adrogacion producía siempre la patria potestad: el adrogado pasaba á poder del adrogante con todos sus bienes é hijos, si los tenía. — En cuanto á la adopcion, era preciso distinguir: si el adoptante era un ascendiente (*non extraneus*), se producía la patria potestad; si era un extraño, sólo adquiría el adoptado los derechos de sucesion *ab intestato*.

Por lo demas, podía adoptarse á cualquiera por hijo ó por nieto. — En este último caso podía designarse á uno de sus hijos como padre del nieto adoptivo (*quasi ex filio*), ó no designar á ninguno (*quasi in certo natus*); la adopcion producía entónces efectos diversos en cuanto á los grados de parentesco, y por consiguiente, en cuanto á las prohibiciones de matrimonio y á todos los demas derechos de familia.

Las cualidades y condiciones necesarias para la adopcion, lo mismo que para la adrogacion, eran las siguientes: El adoptante debia tener el tiempo de la plena pubertad, de más edad que el adoptado: esta regla observada, podía adoptar, cualquiera que fuese su edad; sin embargo, la adrogacion no se permitía fácilmente al que tenía ménos de sesenta años, ó que ya tenía hijos. —

Los impotentes podían adoptar, pero no los castrados.—Las mujeres tampoco, á no ser con autorizacion imperial, y para consolarse de la pérdida de sus hijos.—El adoptado podía serlo en cualquier edad; los libertos sólo podían ser adoptados por sus patronos; los esclavos no podían serlo.—Se necesitaba además el consentimiento de las partes; sin embargo, respecto del que era dado en adopción, bastaba que no se opusiese (*non contradicente*).—En la adopción de una persona en segundo grado, como procedente de algún hijo (*quasi ex filio*), era preciso el consentimiento del abuelo y del padre adoptantes.

La adopción podía disolverse, ya emancipando al adoptado, ya dándolo á otro en adopción. Entónces se rompía todo vínculo en la familia adoptiva, y la adopción no podía volverse á renovar.

Poder del marido sobre la mujer.

La palabra *manus* designaba el poder que tenía el marido en ciertos casos determinados sobre su mujer. Este poder no existía ya en tiempo de Justiniano.

Poder de mancipium sobre una persona libre.

Por *mancipium* se entendía el poder sobre una persona libre adquirido por mancipación. No estaba en uso, lo mismo que el anterior.

Cómo se disuelve el derecho de potestad.

El derecho de potestad (*potestas*) se disuelve, en cuanto al esclavo, por la manumisión;

En cuanto al hijo de familia, por ciertos acontecimientos accidentales, por un acto solemne, ó por ciertas dignidades.

Estos acontecimientos eran: la muerte del jefe, la pérdida de la libertad, ó sólo de los derechos de ciudad, ocurrida al padre ó al hijo: cuando el padre ó el hijo caían en poder del enemigo, la patria potestad no se destruía, sino que sólo se suspendía á causa del derecho de *postliminium*.

Los actos solemnes eran: la emancipación y la adopción en ciertos casos; una y otra hacían perder al hijo sus derechos de familia, y no podían verificarse contra su voluntad.

En otro tiempo ninguna dignidad, fuera de la flaminia ó de vestal, podía librar de la patria potestad. Justiniano en sus Insti-

tuciones atribuye este efecto á la dignidad de patricio, y en una novela á todas las dignidades que libraban de la curia. El hijo que de este modo se hacía libre no perdía sus derechos de familia.

El poder del marido (*manus*), y el del señor sobre el hombre libre dado en mancipación (*mancipium*), podía también disolverse, por ciertos modos, que ya no es necesario examinar, en tiempo de Justiniano.

Existen acciones relativas á los derechos de familia, dadas, ya á la mujer, ya al marido ó ya al hijo, con el objeto, ora de hacer reconocer, ora de negar la paternidad, la legitimidad ó la patria potestad. Estas acciones corresponden á la clase de las que se llaman prejudiciales; también las había relativas á los derechos que procedían de la *manus* ó del *mancipium*.

DIVISION DE LAS PERSONAS CON RELACION Á SU CAPACIDAD Ó INCAPACIDAD.

Causas generales ó causas particulares pueden hacer á las personas incapaces de gobernarse ó defenderse.—En el primer caso se las pone en tutela, y en el segundo en curatela.—Pero sólo las personas *sui juris* pueden entrar en tutela ó curatela, y nunca pueden hallarse en ella las que son *alieni juris*.

De las tutelas.

En los primitivos tiempos se daban tutores á las mujeres, cualquiera que fuese su edad, y á los impúberos. La tutela de éstos era la única que ya existía en tiempo de Justiniano.

Se definía: *vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui per atatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa*.

Tutela testamentaria.

Se llama tutela testamentaria (*testamentaria tutela*) la deferida por testamento.

¿Quién tiene derecho de dar un tutor testamentario? Sólo el padre de familia, que tiene este derecho de su patria potestad, y que también puede desheredar á sus hijos y designarles, sin embargo, un tutor.

¿Quién puede recibir un tutor testamentario? Los hijos que se hallan bajo la potestad del jefe, y que por muerte de éste deben

quedar *sui juris* é impúberos : entre éstos deben ser comprendidos, en ciertos casos, los póstumos.—Los hijos emancipados no pueden recibirlos; pero, sin embargo, el nombramiento hecho por el padre debe ser confirmado por el magistrado sin más sumaria información.

¿Quién puede ser nombrado tutor testamentario? Sólo los ciudadanos con quienes el testador tiene facción de testamento, aunque no son todos capaces de ser tutores. No lo son las mujeres, los esclavos, los locos, y los menores de veinte y cinco años; sólo son capaces de serlo en la época en que lleguen á ser libres, recobren sus juicios ó sean mayores de veinticinco años.

¿Cómo puede hacerse el nombramiento? Antes ó despues de la institucion de heredero.—Pura y simplemente, ó por tiempo determinado, ó bajo condicion.—Puede comprender muchos tutores.—Pero no puede recaer sobre una persona incierta, ni hacerse para un negocio en particular.

Tutela legítima.

Se llama tutela legítima (*legítima tutela*) en general la deferida por una ley (*quæ ex lege aliqua descendit*), y más especialmente la que procede directamente de las Doce Tablas, ó por consiguiente (*quæ ex lege Duodecim Tabularum introducitur, seu propalam, seu per consequentiam*).

Este género de tutela se verifica cuando falta la tutela testamentaria, ya porque no la ha habido, ya porque ha cesado de pleno derecho ántes de la pubertad del pupilo.

En el sentido especial de la palabra, la tutela de los agnados, la del patrono y de sus hijos son en todo rigor las únicas tutelas legítimas; la primera procede directamente de la ley de las Doce Tablas, y la segunda de ésta por consiguiente.—Por honor á su calidad, el padre emancipador asimilado al patrono era también considerado como tutor legítimo.

Tutela legítima de los agnados.—Disminucion de cabeza.

Los agnados eran llamados por la ley de las Doce Tablas á la tutela, con tal que fuesen capaces de administrarla, en el mismo orden que á la sucesion; de aquí procedia la regla siguiente: *Ubi*

emolumentum successionis, ibi et onus tutela. Si habia muchos agnados en el mismo grado, la tutela les era á todos comun.

Con este motivo examinan las Instituciones lo que se entiende por agnados y por cognados, y cómo se pierden los derechos de agnacion y de cognacion.

El estado de ciudadano romano se compone de tres elementos constitutivos: la libertad, la ciudad y la familia.—Tres alteraciones diferentes pueden recaer sobre dicho estado, segun que uno ú otro de los elementos indicados sea afectado.—Estas alteraciones de estado se llamaban disminucion de cabeza (*est capitis deminutio prioris status mutatio*).

Si se pierde el primer elemento (*libertas*), todos los demas se pierden también, y el estado de ciudadano se destruye enteramente; hay gran disminucion de cabeza (*maxima*).

Si se pierde el segundo elemento (*civitas*), se pierde también la familia, se destruye el estado de ciudadano romano, y no queda más que la cualidad de hombre libre; hay una menor ó media disminucion de cabeza (*minor vel media*).

Si sólo se pierde el tercer elemento (*familia*), no se destruye ni la cualidad de hombre libre, ni el estado de ciudadano romano, y sólo se pierde la familia para cambiarla por otra; únicamente se modifica la posicion de la persona (*status dumtaxat hominis mutatur*); hay una pequeña disminucion de cabeza (*minima*).

La influencia que tienen estas alteraciones sobre la cognacion y la agnacion son las siguientes: El vínculo mismo de la agnacion y los derechos que ella da se destruyen por toda disminucion de cabeza.—El vínculo natural de la cognacion no se rompe por ninguna disminucion; los derechos civiles que á ésta corresponden perecen por la grande y la media, pero no por la pequeña.

Tutela legítima de los patronos.

El patrono y sus hijos son indirectamente llamados por la ley de las Doce Tablas á la tutela del liberto impúbero, porque esta ley los llamaba á la sucesion.

Tutela fiduciaria.

Se llamaban tutelas fiduciarias (*tutelæ fiduciariæ*) las que el uso habia hecho deferir por imitacion de las tutelas del patrono y sus descendientes á ciertas personas sobre los hijos emancipados ántes

de su pubertad.—Se las llamaba fiduciarias, porque eran consecuencia de mancipaciones simuladas, hechas con una *cláusula de fiducia* para obligar al que adquiría de un modo ficticio, ya á manumitir al hijo, ya á remancipar á su padre.

Estas tutelas eran : 1.º la del que adquiría ficticiamente, cuando en ejecución de la cláusula de fiducia el mismo emancipaba al impúbero.

2.º La del padre emancipador, y despues de su muerte, de sus hijos, cuando el impúbero habia sido remancipado al padre y manumitido por él.—Sin embargo, en este último caso era el padre emancipador por deferencia, y á fin de que no se le hiciese ménos honor que al patrono, calificado de tutor legítimo, y no de tutor fiduciario.

En tiempo de Justiniano, no teniendo lugar la primera de estas tutelas fiduciarias, porque no habia ya mancipaciones simuladas, la segunda, es decir, la de los hijos del padre emancipador, fué la única que conservó el nombre de tutela fiduciaria.

Tutela dada por los magistrados.

Se llama tutela dada por los magistrados (*tutela a magistratibus data*) la deferida por la eleccion de ciertos magistrados.

Se recurria á esta tutela:

1.º Cuando no habia absolutamente ningun tutor, ni testamento ni legítimo; 2.º, cuando la tutela testamentaria se hallaba suspendida ó interrumpida por una causa cualquiera; 3.º, cuando el tutor testamentario ó el tutor legítimo se excusaban, ó eran destituidos.

Las primeras leyes relativas á esta especie de tutela fueron, respecto de Roma, la ley *Atilia*, y respecto de las provincias, la ley *Julia* y *Titia*, de donde se han derivado los nombres de tutor *Atilianus* y tutor *Juliotitianus*, indicado este último por Teófilo.

Estos tutores en tiempo de Justiniano eran nombrados en Constantinopla por el prefecto y el pretor, cada uno segun su jurisdiccion y en virtud de sumaria informacion.—En las provincias, cuando la fortuna del pupilo excedia de 500 sólidos, eran nombrados por los presidentes con la correspondiente informacion; cuando el caudal de aquél no excedia de esta suma, eran los magistrados particulares de las ciudades los que los nombraban sin justificacion, pero con caucion.

El nombramiento podia comprender muchos tutores; pero no podia estar subordinado á un plazo determinado ó á una condicion.

Administracion y autorizacion (auctoritas) del tutor.

Debe el tutor, ántes de tomar la administracion, dar caucion de administrar bien, y hacer inventario de los bienes del pupilo.

Si hay muchos tutores, se confia la administracion, segun los casos, á uno solo ó á todos en comun, ó se divide entre ellos.

El tutor no representa la persona del pupilo; sus atribuciones consisten, ya en obrar por sí mismo, en su propio nombre y sin el pupilo, como una especie de agente de negocios, lo que se llama gestion de los negocios (*negotia gerere*), ya en asociarse á la persona del pupilo que obra por sí mismo, para aumentarla y completarla con su cooperacion, que es lo que se llama prestar su autorizacion (*auctoritatem interponere*).

La autorizacion (*auctoritas*) es la participacion activa del tutor en el acto, á fin de aumentar y completar la personalidad imperfecta del pupilo. No puede darse ni ántes ni despues.

Respecto de esto es preciso distinguir diversos períodos en la edad del impúbero, á saber:

1.º Si es *infans* (no pudiendo hablar todavía), mamando aún ó que hace muy poco ha dejado de hacerlo, segun expresion de Teófilo; 2.º, si es *infanti proximus* (más cerca de la infancia que de la pubertad), hasta cerca de los siete años, segun la jurisprudencia; y 3.º, en fin, si es *pubertati proximus* (más cerca de la pubertad que de la infancia), poco despues de cumplidos los siete años.

En el primer caso, no pudiendo hablar palabra el impúbero ni pronunciar ninguna fórmula solemne, no puede el tutor proceder dando su *auctoritas*, y sólo puede administrar.

En el segundo caso, aunque pueda hablar el impúbero, dicen los juriseconsultos que no tiene todavía ningun conocimiento de los negocios públicos (*nullum intellectum*).—En consecuencia, si obra solo, no puede en todo rigor celebrar ningun acto que sea válido de derecho.—Sin embargo, por un favor especial, y en consideracion que puede pronunciar las fórmulas, se le permite, con la *auctoritas* de su tutor, que verifique ciertos actos que son de su propio interes, como una estipulacion, una crecion ó aceptacion solemne de herencia.—Así en este intervalo procede el tutor administrando muy comunmente los negocios, pero dando también á veces

su autorizacion.—Este último partido es el único posible en todos los actos que exigen absolutamente la intervencion personal del pupilo.

En fin, en el tercer caso, dicen los jurisconsultos que el pupilo tiene conocimiento de lo que hace (*aliquem intellectum*), pero que carece de juicio (*animi iudicium*).

Por consiguiente, el tutor durante este período debe proceder con preferencia, haciendo obrar al pupilo y prestándole su autorizacion. No debe administrar por sí mismo sino en caso de necesidad, como, por ejemplo, si se halla ausente el pupilo.

Hay más: el pupilo puede verificar por sí solo todos los actos que no exijan más que inteligencia; pero no puede celebrar, sin autorizacion del tutor, los que exigen juicio.—De donde se sigue que puede sin autorizacion de su tutor mejorar su condicion, pero no hacerla peor; es decir, obligar á los otros, pero no obligarse él: adquirir, pero no enajenar. Cuando el contrato hecho por el pupilo sin autorizacion de su tutor puede, como sucede en el de venta, descomponerse en dos actos, de los cuales uno solo exija inteligencia y el otro juicio, el primero es válido, el segundo nulo y el contrato en parte se mantiene y conserva en interes del pupilo; pero cuando el acto que exige juicio es indivisible, como sucede en la aceptacion de una herencia, y no puede prestarse á semejante descomposicion, es completamente nulo si se ha verificado sin autorizacion, aunque pudiese de hecho ser ventajoso al pupilo.

Fin de la tutela.

Para el pupilo acaba la tutela en la pubertad y por las tres disminuciones de cabeza; y entónces, acabando tambien para el tutor, termina absolutamente.

Pero á veces sólo cesa respecto del tutor, que se halla reemplazado por otro.—Esto se verifica: 1.º, por muerte del tutor; 2.º, por su grande ó media disminucion de cabeza (en cuanto á la pequeña no pone fin á la tutela legítima); 3.º, por su cautividad (es verdad que en este caso sus derechos sólo se hallan en suspenso); 4.º, por espirar el plazo ó cumplirse la condicion; 5.º, por las excusas ó destituciones.

Tutela sobre las mujeres.

La tutela perpétua en que se hallaban las mujeres principió á

templarse aún en tiempo de la república. Augusto por la ley *Poppea* concedió á las mujeres en ciertos casos el derecho de librarse de ella. En tiempo de Claudio la ley *Claudia* las libró enteramente de la tutela de sus agnados. Esta legislacion existia todavía en tiempo de Gayo y de Ulpiano; pero cayó sucesivamente en desuso, sin dejar de ella el menor vestigio en el imperio de Oriente.

De las curatelas.

La curatela puede verificarse en tres circunstancias bien distintas:

- 1.º Durante la tutela para los impúberos;
- 2.º Desde la pubertad hasta los veinte y cinco años para los adultos: estos últimos no reciben curadores contra su voluntad, á no ser para tomar cuenta á sus tutores para un litigio ó para un pago;
- 3.º Aun más allá de los veinte y cinco años para los furiosos, insensatos, pródigos, etc.

Sólo la curatela de los furiosos y pródigos es legítima y pertenece de pleno derecho á los agnados;—los demas curadores son nombrados por los mismos magistrados que los tutores;—no pueden darse por testamento; sin embargo, cuando lo han sido, son confirmados.

El tutor se da á la persona y no á los bienes; el curador á los bienes, á un negocio especial, pero no á la persona.—El primero completa la persona imperfecta del pupilo, interponiendo su *auctoritas*. El segundo da sólo su adhesion (*consensus*) á los actos del adulto; por lo demas puede tambien, cuando hay necesidad, obrar solo y en su propio nombre, como una especie de agente de negocios (*negotia gerere*).

La curatela acaba con la causa por la que habia sido establecida.

Satisfacion de los tutores ó curadores.

Los tutores y curadores, á excepcion de los nombrados por testamento ó en virtud de diligencias judiciales, están obligados á dar satisfacion para la seguridad del pupilo ó del adulto.

Tienen éstos una accion subsidiaria contra los magistrados que, encargados de exigir la satisfacion, descuidasen completamente hacerlo, ó hubiesen recibido una seguridad insuficiente. Esta accion se extiende contra los herederos de los magistrados.

Excusas de los tutores ó curadores.

La tutela y la curatela son cargas públicas en el sentido de que todo ciudadano puede ser llamado al desempeño de ellas.

Hay, sin embargo, motivos de excusa por los cuales puede uno quedar dispensado de ellas.

No se hacen valer las excusas por medio de la apelacion: se hacen presentes al magistrado dentro de un plazo determinado; si no las admite, entónces puede apelarse de su sentencia.

Acciones relativas á la tutela ó á la curatela.

La tutela da lugar á muchas acciones.—La accion directa y la accion contraria de tutela (*actio tutela directa et contraria*), dadas la una contra el tutor para hacerle que dé cuentas, y la otra al tutor para hacer que se le indemnice de los anticipos que haya hecho.—La accion para las sustracciones hechas en las cuentas (*actio de rationibus distrahendis*), que se da contra el tutor que ha sustraído alguna cosa del patrimonio del pupilo.—Estas acciones no pueden ejercitarse sino cuando acaba la tutela.

La curatela produce tambien la accion *utilis negotiorum gestorum*, y la accion *utilis contraria negotiorum gestorum*: una contra el curador para hacer que dé cuentas, y otra al curador para obtener que se le indemnice. Cuando los menores de veinte y cinco años han sido perjudicados en un negocio que es válido segun el derecho estricto, les concede el pretor un recurso para conseguir con conocimiento de causa (*causa cognita*), que sean completamente restituidos (*restitutio in integrum*).

Algunas acciones son comunes á la tutela y á la curatela; la que se da contra los fideyusores, la que se da contra los magistrados, y, en fin, la acusacion casi-pública contra los sospechosos.

FIN DEL LIBRO I.

EXPLICACION HISTORICA

DE LAS

INSTITUCIONES DE JUSTINIANO.

LIBRO SEGUNDO.

TITULUS I.

DE RERUM DIVISIONE.

TÍTULO I.

DE LA DIVISION DE LAS COSAS.

No hay término que se preste con más flexibilidad á los diversos caprichos del lenguaje que el de *res* en el latin, y *cosa* en castellano. Esta flexibilidad se ha extendido hasta el lenguaje del derecho. Determinemos, sin embargo, el sentido legal de esta palabra.

El hombre, refiriendo á sí cuanto existe, y considerando todos los objetos, tanto animados quanto inanimados, como sometidos, ó al ménos destinados, á satisfacer sus necesidades ó sus placeres, y como capaces, por consiguiente, de formar para él objeto de un derecho, les ha dado el nombre de cosas (*res*). Tal es el sentido *originario y positivo* de esta palabra. En este sentido, en los pueblos en que la esclavitud es conocida, los esclavos, hombres degradados, destinados á las necesidades de los demas, y objetos de los derechos de los otros hombres, han sido colocados en la clase de las cosas.

Sobre la mayor parte de estos objetos reales la ley ha dado derechos; estos derechos, considerados como objetos convencionales de que pueden los hombres disponer, que se hallan destinados á satisfacer sus necesidades, y que pueden, por consiguiente, llegar

CAPILLA ALFONSINA

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA

U. A. N. L. I.