

en el órden general. Tales son las personas que podian hallarse bajo el poder del jefe de la familia.

Para cada uno de estos poderes tiene el derecho que arreglar y resolver los puntos siguientes: Cómo se produce ó adquiere;—cuáles son sus efectos y su extension;—cómo se disuelve.

Aquí se coloca la exposicion de diferentes teorías:

Respecto del poder sobre los esclavos, la teoría de su adquisicion es la misma que la de la adquisicion de las cosas; porque los esclavos bajo este aspecto eran cosas.—La de su extension y de sus efectos merece una atencion histórica.—La de su disolucion ó emancipacion (*manumissio*), materia es que se enlaza á un mismo tiempo con la libertad, con la ciudad y con la familia;—y en seguida la teoría del *patronato* y los vínculos que de ella proceden entre el emancipado y la familia del que emancipa.

Respecto del poder paterno, la teoría de las justas nupcias en sus relaciones con la produccion de este poder;—la teoría de la adrogacion, asunto de derecho público, en que interviene toda la ciudad y el poder pontificio, pues se trata de alterar la familia; la de la adopcion, que nos manifiesta la invasion del derecho privado en el público por medio de ficciones;—la modificacion histórica y la atenuacion sucesiva de los efectos de este poder; tanto con relacion á la persona, cuanto con relacion á los bienes;—su extension, que no se limita á la primera generacion, sino que se continúa en todas las siguientes por medio de los varones;—su duracion, que no termina en ninguna edad de los hijos, sino únicamente con la muerte del jefe de la familia, á no ser que algun acontecimiento especial le ponga término;—entre estos acontecimientos excepcionales, la emancipacion, no prevista por el derecho primitivo ni aún por las leyes de las XII tablas (1), y á la que no se llega sino por medio de ficciones.—Es de observar que á la muerte del jefe, por aristocrática que haya sido la constitucion romana, no se descubre ningun derecho de primogenitura ni de sexo. La igualdad de los hijos es un derecho primitivo. Todos los hijos, todas las hijas, colocados bajo el jefe sin ningun poder intermedio, se hacen libres *sui juris*. Respecto de la *manu*, la teoría de las justas nupcias, no ya como causa eficiente, sino á título de condicion esencial;—despues como causa generadora de este po-

(1) Véase á Gayo, IV, § 79.

der: la confarreacion (*confarreatio farreum*), solemnidad sacerdotal, de origen etrusco, de privilegio patricio; la *coemptio*, venta civil de la mujer por mancipacion, solemnidad de práctica plebeya; en fin, el *usus*, la adquisicion por uso, por la posesion de un año no interrumpido, como para las cosas muebles.—Los efectos de este poder, de los que los principales son hacer que la mujer entre en la familia en la clase de hija de su marido, de hermana de sus hijos.

Respecto del *mancipium*, las nociones sobre la venta, sobre la enajenacion civil (*mancipatio*) que el jefe de familia puede hacer de los hijos ó de la mujer que tiene en su poder; sobre su abandono noxal (*noxali causa mancipatio*), para evitar la reparacion del perjuicio que han causado.—Los efectos de este poder son en general de asimilar el emancipado casi á la condicion de un esclavo en la familia (*servorum loco constituuntur*), dejándole libre en el órden público.—La emancipacion ó manumision (*manumissio*) que le pone término, y los vínculos análogos á los del patronato que de él resultan.—En fin, la atenuacion y la desaparicion gradual de este poder particular, el *mancipium*, que sólo queda como un medio ficticio precisamente para obtener emancipaciones, que no admite el derecho civil (1). Y es regla bien notable que cada cinco años, y en cada censo de los ciudadanos, todos los que se hallaban *in mancipio*, por causas más bien ficticias que graves, recobraban necesaria y forzosamente su libertad (2).

A este poder, designado por Gayo con el nombre de *mancipium*, se refiere indudablemente la situacion de aquel que se designaba en los tiempos y en las expresiones más antiguas del derecho con los nombres de *nexus*, *nexu vincitus*, esto es, del jefe de familia deudor, que para seguridad de su deuda se habia dado á sí propio en prenda al acreedor por la venta civil (*nexum mancipatio*, *alienatio per aes et libram*) de su persona, llevando tambien consigo la de su familia y patrimonio (3).

(1) Por ejemplo, para emancipar á los hijos del poder paterno, y para libertar á las mujeres de la tutela de sus agnados.

(2) Gayo 4, § 440.

(3) *Nexum* es una expresion primitiva y genérica: designa todos los actos civiles que se verifican por el uso real ó ficticio de la enajenacion *per aes et libram*, por la moneda de cobre y por el peso. («*NEXUM est, ut ait Gallus Aelius, quodcumque per aes et libram geritur*», etc.) Festus V. *Nexum*.—Cicer., *Top.* v. 28, et Boethius *ad Cicer.*—Cicer. *de Orat.*, III, 40.—Varron, *de lingua latina*, VI, 5. Las expresiones *mancipium*, y aún posteriormente *mancipatio*, son más recientes y de sentido más limitado.

En este caso la emancipacion no era considerada, y áun probablemente con el auxilio de algunas restricciones en los términos solemnes no se hacia como una enajenacion irrevocable, sino únicamente como á título de garantía, como una enajenacion que debia resolverse por una retrocesion cuando se verificase el pago de la deuda (1). Libres los deudores de esta sújecion ó empeño por consecuencia del pago, son los que en el lenguaje antiguo de la historia y del derecho se designan y aparecen con el nombre de *soluti* (2). ¡*Nexi!* ¡*Soluti!* La suerte miserable de los plebeyos bajo la opresion usuraria de los patricios; el objeto de frecuentes sediciones; la ley PÆTILIA PAPIRIA, *de nexis*, que prohibió este empeño en cuanto á las personas (an. 428 de R.—326 ant. de Jesucristo) (3); todos estos recuerdos renuevan aquellas expresiones.

Por último, al poder que un jefe de familia puede tener sobre hombres libres, adquiridos por los medios que el derecho civil establece, se une la situacion del que la lengua jurídica llama *additus*, es decir, del que por la declaracion del magistrado de derecho ha sido atribuido al poder de otro; ya á su acreedor por falta de pago de una deuda vencida, ya al de aquel contra quien ha cometido ciertos delitos, como, por ejemplo, un robo manifiesto (4). Á pesar de la analogía que tienen entre sí, hay una gran diferencia entre los *addicti* y los *nexi*. Esta diferencia puede referirse á un principio que consiste en que los *nexi* se asimilan á los esclavos, tanto de hecho, cuanto de derecho, con relacion á aquel á quien no han sido vendidos, aunque continúen considerándose en la ciudad como hombres libres, mientras que los *addicti* son esclavos de hecho, pero no de derecho, tanto respecto del acreedor á quien han sido *addicti*, cuanto respecto de la sociedad (5).

(1) «*Liber qui suas operas in servitutem, pro pecunia quam debebat, dabat dum solveret, nexus vocabatur.*»—Varron, *de lingua latina*, VI, 5.—«*Tropter domesticam ruinam et grave as alienum, C. Plotio nexum se dare coactum.*» Valer. Maxim., VI, 9.—Festus, verbo *Deminutus*. Por la formalidad del *nexum* se habria podido empeñar en seguridad de la deuda y en vez de su persona ciertas cosas y ciertos objetos de sus bienes.

(2) *Nexo solutoque... idem jus esto.* Festus, Vº *Sanates*, es decir, que el *nexum*, durante su empeño y mientras que no llegue el plazo de pagar la demanda, debe gozar del mismo derecho que el que se halla libre de esta responsabilidad.—Tit. Liv., II, 23.

(3) Tit. Liv., VIII, 28.— Puede verse lo que dice M. Niebuhr de los *nexi*, t. II, p. 374 y siguientes de la traduccion, y nuestra *Historia del derecho*, pág. 145.

(4) Aul. Gell., *Noct. Attig.* XX, 1: donde se halla el texto de la ley de las XII tablas.—Quintiliano, *Instit. Orat.*, III, 6, v. 10, VII, 3.—Tit. Liv., VI, 36.

(5) Véase lo que diremos en el libro VI, tit. 6, de la accion de la ley *per manus injectionem*, por medio de la cual el acreedor obtenia la adiccion de sus deudas.

Las palabras *adjudicatus*, *judicatus* (1), que indican el resultado, no de la declaracion de un magistrado que decide del derecho, sino de la sentencia de un juez que decide un litigio (2), se aplican á la situacion que precede á la *addictio*, y designan al que ha sido condenado (*judicatus*) por sentencia del juez, y á quien el acreedor persigue para que le sea *addictus*: mientras dura este procedimiento, se halla tambien sometido á un cierto poder de este acreedor.

Estas tres especies de sujecion que resultan de la *mancipatio*, del *nexum* y del *addictio*, aplicadas á los hombres libres, aunque variando en la extension y en los pormenores de sus efectos, se reúnen en un punto capital, que consiste en que tanto en una como en otra, en definitiva, es un poder de apropiacion, en los dos primeros casos el verdadero dominio quirritario, que el jefe de familia ha adquirido por diversas causas ó bajo diversas condiciones, pero siempre por un medio de derecho civil, sobre un hombre que queda siendo libre en el orden general, pero que en su familia queda sometido á su poder, y en una especie de servidumbre. Las dos últimas de estas sujeciones desaparecen: el *nexum* primero, y el *addictio* despues, ya no descubrimos nada acerca de esto en los juriconsultos que hemos estudiado: Gayo apénas alude á ello; pero habla detalladamente y con precision acerca del *mancipium*, que, sin embargo, principiaba en su tiempo á no ser ya más que una ficcion, y que, cuando tenia lugar, se dulcificaba mucho en sus efectos (3).

18. El matrimonio (*juste nuptiæ*) y las diversas uniones del hombre y de la mujer (*concupinatus, estuprum, contubernium*).

La teoría del matrimonio en la constitucion de la familia se presenta en el derecho romano como una cosa accesoria al poder.

El matrimonio romano, segun el derecho civil, se denomina *juste nuptiæ, justum matrimonium*; el marido *vir*, la mujer *uxor*. Es propio exclusivamente de los ciudadanos y de todos aquellos á quienes ha sido concedido el *connubium*. Es lo único que produce el poder de los padres sobre los hijos. No da origen por sí mismo

(1) Gay., 3, §§ 189, 199.—Dig. 42. I. 34. f. Licin. Rufin.

(2) Véase la distincion que hemos establecido con cuidado acerca de esto en el núm. 86 de esta *Generalizacion*, y en todo el curso de nuestra obra.

(3) Gay., I, § 141.

al poder que el marido (*manus*) tiene sobre la mujer: es preciso que intervengan el *farreum*, la *coemptio* ó el *usus*.

Obsérvese aquí la division del pueblo en castas radicalmente separadas, que no deben nunca confundirse, y entre las cuales no podria verificarse el matrimonio romano. No existirá el *connubium*, no se formará la familia, y la sangre de una no se mezclará con la de la otra. El progreso social introdujo su nivel, y lo pasó gradualmente sobre estas prohibiciones. Así la ley CANULEIA hizo caer por tierra la barrera que impedía la mezcla de la sangre patricia con la plebeya (309 de R; 445 ánt. de J. C.) (1).

La prohibicion de mezclarse la sangre ingenua con la emancipada se alzó por la ley PAPIA POPPEA (772 de R; 9 de J. C.) (2). La mezcla de la sangre senatorial con la emancipada ó abyecta se permitió por las constituciones de Justiniano en nombre de la misericordia cristiana (3); y el príncipe, para dar mayor fuerza á sus disposiciones, añadió su propio ejemplo, dando á sus súbditos una emperatriz que recordaba los ejercicios del circo ó los del *ambulium* (4). Véase de dónde se partió y hasta dónde se llegó. La clasificacion llegaba á su último límite: se prohibía mezclar la sangre romana, la sangre ciudadana con la extranjera; pero en este tiempo, ¿quién era extranjero? ¿quién era ciudadano? ¿y dónde estaba el romano?

La forma del matrimonio se hallaba abandonada al puro derecho privado, sin necesidad de ninguna solemnidad pública, aunque colocado en la clase de los contratos reales: se verificaba por el solo consentimiento de las partes y por la tradicion de la mujer, es decir, por el acto de ponerla á disposicion del marido de una manera cualquiera (5); sencillez bárbara, austeridad inculta del derecho, que las costumbres y las creencias populares ocultan bajo formas simbólicas más halagüeñas, aunque sin utilidad jurídica.—Por lo demás, el acto no viene á quedar como una cosa simple y vulgar para el patricio. Siempre va acompañado de la solemnidad etrusca y sacerdotal del *farreum* ó *confarreatio*, que no forma el matrimonio, pero que hace pasar á la mujer á manos del

(1) Tit. Liv., IV, 6.

(2) Tit. Liv., XXIX, 19.

(3) Cod. 5. 4. 23.—Novel., 89, c. 15.—Novel., 117, cap. 6.

(4) Famoso pórtico de prostitucion en Constantinopla. Véase en adelante nuestro artículo acerca de Justiniano.

(5) Véase lib. I, tit. X, donde desenvuelvo esta opinion.

jefe en la familia de éste, y que hace que los hijos adquieran aptitud para las elevadas atribuciones pontificias. En cuanto al marido plebeyo, si queria tener á su mujer bajo su poder, la adquiría por medio de la venta civil, *per aes et libram*, y en defecto de esto, por la posesion de un año como cosa mueble, á ménos que ella no haya dormido, en cada año por lo ménos, tres noches consecutivas fuera del domicilio conyugal (*usurpatum ire trinoctio*) (1).

A la teoría del matrimonio se une la de los esponsales (*sponsalia*), que lo preparan, y la del repudio y del divorcio (*repudium*, *divortium*), que pueden romperlo.

Pueden considerarse otras especies de union entre el hombre y la mujer, aunque extrañas á la constitucion de la familia civil.

El *concubinatus*, concubinaje ó concubinato, era un comercio lícito entre el hombre y la mujer, sin que haya matrimonio; union permitida, pero poco honrosa, en el derecho romano, sobre todo para la mujer. Los hijos que proceden del concubinato se llaman hijos naturales (*naturales liberi*); tienen un padre conocido, pero no se hallan bajo la patria potestad. A esta teoría se une la de la legitimacion, que puede intervenir y producir la *patria potestad*.

El *stuprum* era una expresion general que designaba todo comercio ilícito: los hijos á que podia dar origen se llamaban *spurii*, vulgo *quæsiti*, y no tenían padre conocido.—Como cosa especial, el incesto (*incestus*) y el adulterio (*adulterium*) daban origen á hijos incestuosos (*incestuosi*, *ex damnato coitu*) ó adulterinos (*adulterini*).

El *contubernium*, que era la union de los esclavos entre sí ó con personas libres, quedaba abandonada al puro derecho natural (2).

19. El parentesco (*cognatio*, *agnatio*); la gentilidad (*gens*); la alianza (*adfinitas*).

Las palabras parentesco y parientes han sido desnaturalizadas en nuestra lengua, separándose de su verdadero sentido etimológico, y no tienen entre nosotros la misma significacion que entre los romanos. Llamaban estos últimos *parens*, *parentes*, al padre y á los ascendientes, á los que han engendrado (de *parere*, parir). Importa no equivocarse esto.

(1) Véase el libro I, al fin del tit. II, *Poder del marido sobre la mujer*.

(2) Esto no impide que no se hallen algunas disposiciones del derecho civil acerca de esta materia, principalmente las relativas á la condicion de los hijos nacidos del comercio entre los libres y los esclavos. Gay., I, §§ 84, 85.

La expresion general, la más amplia y extensa del parentesco en derecho romano es *cognatio*, la cognacion.

La cognacion es el vínculo que liga á personas que se hallan unidas por una misma sangre, ó que la ley reputa como tales. Es verdadera y natural en el primer caso: es jurídica y ficticia en el segundo, que se refiere á la adopcion. Estas personas se llaman entre sí cognados (*cognati; quasi una communiter nati*).

En la cognacion se distinguen las líneas y los grados. La línea directa (*línea recta*), que es la serie de personas engendradas una por otra; ascendente (*superior*), si se la considera subiendo hácia las personas que han engendrado; descendente (*inferior*), si se la considera descendiendo hácia las que han sido engendradas; y línea colateral (*transversa, obliqua, ex transverso a latere*) es la de las personas que descienden, no ya una de otra, sino de un tronco comun.—El grado es la medida de la cognacion; la unidad de distancia en una ú otra línea entre dos cognados: cada generacion forma un grado.

Pero la cognacion sola, por sí misma, ya proceda de justas nupcias, ó de cualquiera otra union, no introduce á nadie en la familia, ni da ningun derecho de familia. El derecho civil casi no se ocupa en esta materia, á no ser con motivo de las prohibiciones del matrimonio.

El parentesco de derecho civil es el que produce los efectos civiles, el que confiere las derechos de familia: la agnacion (*agnatio*) es el vínculo que une á los cognados, miembros de la misma familia (*qui ex eadem familia sunt*), y la causa eficiente de este lazo, de este vínculo (*ad-gnatio*), es el poder paternal ó marital que los une, ó los uniria todos bajo un jefe comun, si aún viviese el jefe más remoto de la familia (1). ¿Se halla uno sometido al poder de otro? Es uno agnado, es de la familia. ¿Está uno fuera del poder de otro? No es de la familia ni es agnado: esto tiene lugar tanto respecto de la mujer, cuanto respecto de los hijos, de las hijas, de los hermanos, de las hermanas y de todos.

Además de esta agregacion de la familia, de todos los agnados entre sí, existia en otro tiempo otra especie de agregacion civil,

(1) Conforme á otra opinion, que indicaremos más detalladamente, serian agnados únicamente aquellos que han vivido en realidad sometidos todos al poder de un mismo jefe (*qui sub unius potestate fuerunt*).

cual era la de la gentilidad, de la *gens*, que es decir, *generacion, genealogía*.

El nudo de esta agregacion es para nosotros un misterio, para cuya explicacion se conocen muchos sistemas muy inciertos. La idea de la clientela y de la mancipacion es indispensable á nuestro juicio para comprender bien esta relacion del derecho civil quirritario. Los ciudadanos que proceden de una fuente comun, de origen perpétuamente ingenuo, de cuyos abuelos ninguno se ha hallado nunca en servidumbre ni clientela, que, por consiguiente, se forman á sí mismos, de generacion en generacion, su propia genealogía, y que se hallan unidos por los vínculos del parentesco civil, constituyen en su totalidad una *gens*: son entre sí á un mismo tiempo agnados y gentiles. Bajo este aspecto no se veria bien en qué se distingue la gentilidad de la agnacion, á no ser que las condiciones que constituyen aquélla, á saber, que ninguno de los abuelos haya estado en servidumbre ni clientela, la hiciesen exclusivamente propia, en los tiempos primitivos, de los patricios, cuando todos los primeros plebeyos eran clientes. Por manera que bajo este aspecto y en los primeros tiempos, la gentilidad sería la agnacion de los patricios: la *gens* sería la familia patricia. Pero fuera de esto, estos patricios, á un mismo tiempo agnados y gentiles entre sí, eran tambien los gentiles de todas las familias de clientes ó de emancipados, que se derivan civilmente de su *gens*, que han tomado el nombre y los *sacra*, y á los cuales su *gens* sirve de genealogía civil. Estos descendientes de clientes ó de emancipados tienen gentiles y no lo son de nadie; con relacion á ellos los agnados son bien distintos de los gentiles. Su agnacion se funda en un vínculo comun de poder paternal ó marital, cualquiera que sea la antigüedad á que alcance este poder. La gentilidad á la que se hallan ligados estaba fundada en un vínculo de poder de patronato, ya sea éste de clientes, ya de emancipados, y tan antiguo cuanto lo haya sido este poder. Así el título y los derechos de gentiles correspondian á nuestro juicio, á los individuos civiles de toda raza que fuesen de origen puro y perpétuamente ingenuo, primero entre sí, y además sobre toda la raza de clientes ó emancipados, y á todas sus ramificaciones: raza interior, la primera de las cuales era la *gens*, es decir, la genealogía política, habiéndola engendrado para la libertad y la vida civiles, y habiéndole dado su nombre. Así el título de *gentilhomme, gentiluomo, gentilhomme*,

gentleman ha permanecido en las lenguas modernas de Europa para designar lo que se llama una buena extracción, una noble genealogía, una sangre pura. La ley á falta de agnados daba á los gentiles la herencia y la tutela. Pero este derecho y ese vínculo, todavía en uso en tiempo de Ciceron, se hallaba completamente en desuso en tiempo de Gayo (1).

En resúmen, es preciso distinguir tres grandes términos en los vínculos de agregación civil ó natural entre los romanos: la familia (*familia*), á la que corresponde la agnación (*agnatio*), y el título de agnados (*agnati*); la *gens*, en cierto modo generación, genealogía, á la que corresponden la gentilidad, el título de gentiles (*gentiles*); en fin, la cognación (*cognatio*), á la que corresponde el título de cognados (*cognati*). Los dos primeros son de derecho quirritario, y dependen de los vínculos del poder paterno ó marital, ó de los vínculos de patronato de clientes ó emancipados. El tercero, puramente natural, se halla fundado sobre los vínculos de la sangre, sin producir ningun efecto civil.

La alianza, en derecho romano afinidad (*affinitas*), es el vínculo que se establece por las justas nupcias entre cada uno de los cónyuges y los cognados del otro. Propiamente hablando, no tiene grados (2); sin embargo, se mide como la cognación y por la cognación. Todo cognado de cada uno de los esposos es aliado en el mismo grado del otro.—La afinidad, lo mismo que la cognación sola, no introduce en la familia, ni da derecho á ello.

20. Diversas acepciones de la palabra *familia*.

En vista de lo que precede, nos hallamos en estado de deducir las principales acepciones de la palabra *familia*, en el lenguaje del derecho romano.

En la primera, la más limitada, la palabra *familia* designa al jefe de ella, y la mujer y los hijos sometidos á su poder.

En la segunda, que es más extensa, *familia* designa la reunión de los agnados, el conjunto de las diversas familias, que se hallan todas bajo el poder de un jefe comun, si éste viviese. Esta es verdadera familia del derecho civil.

En la tercera, la palabra *familia* comprende también á los es-

(1) Explanaremos este punto en el lib. III, tit. II, de la Inst.

(2) D. 38. 10. 4. § 5. f. Modest.

clavos y á los que están *in mancipio* del jefe, aunque no se hallen en la familia sino como cosas y sin ningun vínculo de parentesco.

Por último, *familia* designa á veces todos los bienes y todo el patrimonio del jefe (1).

21. Modificación sucesiva del derecho relativo á la familia.

Es digno de considerarse el cuadro que representa la degradación de la familia romana, de la familia civil, y su inclinación hácia la familia natural, hácia la familia de sangre.

La gentilidad viene á caer en desuso, y acaba por llegar á ser un misterio. El *nexum* y la *addictio* del hombre libre se ocultan: la *manus* y el *mancipium* desaparecen, y quedan únicamente como ficciones para eludir ciertos rigores del antiguo derecho. En tiempo de Justiniano no se trataba ya de esto, y hasta el descubrimiento de la Instituta de Gayo teníamos de ello una noción errónea. La patria potestad experimentó toda especie de limitaciones, tanto con relación á los bienes, cuanto con relación á las personas: el hijo de familia recibió una capacidad ó aptitud, y después una propiedad suya; su persona quedó constituida. Sin embargo, el pretor se declara por los parientes de sangre, los cognados: en sus instituciones se inclina á darles cada vez más derechos de familia; senados-consultos, constituciones imperiales y la legislación de Justiniano cooperan á este objeto: por medio de las novelas de este Emperador casi desaparecen totalmente las huellas de la familia romana y sus antiguos efectos. Así quedaron como borradas sucesivamente, primero la familia política después la familia religiosa, y en seguida la familia del derecho civil privado; sólo se conservó la familia natural.

§ IV. DE LA PÉRDIDA Y DE LA VARIACION DE ESTADO (*capitis deminutio*) (2).

22. Grande, media ó pequeña disminución de cabeza (*maxima, media minima capitis deminutio*).

Los tres elementos que componían el estado del ciudadano ro-

(1) Tal es el sentido de esta palabra en la ley de sucesión de las XII tablas *agnatus proximis familiam habeto—gentilis familiam nancitor*.—Véase sobre estas diversas acepciones lo que de ellas dice Ulp. Dig. 50. 16. 195 y sig.

(2) La traducción literal de estas palabras *capitis deminutio*, por *diminución de cabeza*, no es

mano (*status, caput*) podian perderse por diversos acontecimientos.

La pérdida de la libertad llevaba consigo la de los demás elementos. La pérdida de la ciudad llevaba consigo la de la familia, dejando subsistir la libertad.

Por último, la pérdida de la familia en nada alteraba la libertad ni la ciudad.

En los dos primeros casos se destruía el estado de ciudadano romano y ya no existía (*status amittitur*).

En el tercero, subsistía siempre el estado de ciudadano romano, pero modificado, pues se salía de la familia para entrar en otra ó para dar principio á otra (*status mutatur*). Obsérvese bien que el que experimentaba esta modificación de estado, de cualquier modo que fuese, cambiaba siempre á un mismo tiempo de familia, de propiedad y de persona. De familia, porque pasaba de una á otra; de propiedad, porque en cada familia se hallaba concentrada una copropiedad distinta, se hacía extraño á una, y se afiliaba á otra; por último, de persona, porque no había en cada familia otra persona jurídica que la del jefe: dejaba esta persona para identificarse con otra, ó para revestirse él propio de una nueva personalidad.

Todos estos tres acontecimientos se denominaban *capitis deminutio*, disminución de cabeza: el primero, *máxima*, grande; el segundo, *media*, media, y la tercera, *mínima*, pequeña, la más pequeña disminución de cabeza.

La palabra *deminutio*, que indica una destitución, una degradación en el estado de la persona, se explica perfectamente en lo concerniente á la grande y á la media disminución de cabeza: en cuanto á eso, todos están de acuerdo. Pero en cuanto á la pequeña disminución de cabeza, ha surgido, en la interpretación del derecho romano, otro sistema, según el cual no debería considerarse aquí

ciertamente francesa, como lo ha notado con mucho juicio mi colega M. Pellat en su tratado de *la Propiedad y del usufructo*, p. 96. Yo la conservaré, sin embargo, como expresión técnica y que tiene un color más local, como tantas otras expresiones; como, por ejemplo, *usucapion*, *usucapir*, *vindication*, *condiction*, etc., etc. Se desfiguraría el lenguaje del derecho romano, si se quisiese afrancesarlo en todo: el lenguaje de las ciencias es técnico, y de esta manera es preciso recibirlo.

Según M. Niebuhr, *caput* es, en el registro de los censores, la cabeza, el título del capítulo destinado á cada persona para la justificación de todos los elementos de su condición: cada variación que fuese preciso verificar, porque tal persona hubiese venido á ser *deterioris conditionis* sería una *deminutio capitis* (t. II, p. 379, nota 494 de la traducción). Esta última parte de la opinión es seguramente demasiado general. Por una parte no hay *capitis deminutio* sino cuando se afecta uno de los elementos del (*status*); y por otra, la condición no se hace siempre inferior; así el hijo de un plebeyo, dado en adopción á un patricio, es *capite deminutus*, porque ha salido de su familia para entrar en otra, por superior que sea su condición. Véase I. 16, de *cap dim*.

la pérdida de la familia, sino la destitución, la degradación que experimenta en su capacidad personal, el ciudadano que por consecuencia de una adrogación pasa del estado de cabeza de familia al estado inferior de hijo, ó que por ser emancipado, ó porque su padre le diera en adopción á otro, pasa ficticia y transitoriamente, según la formas primitivamente empleadas, á la condición inferior de un hombre *in mancipio*.—No negaremos que hay mucho de verdad en esta última observación, y que el hecho que pone de relieve ha podido ejercer históricamente cierta influencia sobre el uso de esa *capitis deminutio*, pero no es sólo en la explicación de las palabras en donde se separan los dos sistemas, sino en las consecuencias prácticas, y en los diversos casos en que existe ó no existe la mínima *capitis deminutio*. A pesar de la autoridad con que ha sido expuesto lo que tratamos (1), lo rechazamos enérgicamente y con toda nuestra convicción, como que se desconoce el carácter vigoroso y enteramente particular de la institución de la familia en la antigua sociedad romana, y como que aminora la parte tan considerable que tenía esa institución, ya en el derecho religioso, ya en el político, ya en el derecho privado, y porque coloca como en último término lo que debe figurar á la cabeza, y servir de base en la exposición del derecho y en la condición de las personas.

CAPÍTULO III.—OTRAS CONSIDERACIONES ACERCA DE LAS PERSONAS, FUERA DE LO QUE SE REFIERE AL ESTADO (*status*).

23. Indicación general.

Además del estado (*status*) y de los tres elementos que lo constituyen, se ofrecen acerca de las personas otras consideraciones y otras distinciones, que, sin alterar el estado, diversifican sin embargo su posición y modifican el derecho que á él se refiere.

Estas consideraciones se presentan, ya sea en el orden de la ciudad, ya en el orden físico.

§ I. EN EL ÓRDEN DE LA CIUDAD.

Aquí debe colocarse lo que es relativo á:

(1) D. Savigni, *Tratado del Derecho Romano*, apéndice 6.º al tomo II.

24. La estimacion, la consideracion (*existimatio*).

La *existimatio*, definida por Calistrato, *dignitatis illase status, legibus ac moribus comprobatus* (1), es el honor del ciudadano romano, que se funda á un tiempo sobre las leyes y costumbres, y que debe conservarse sin mancha, á fin de ser completamente apto para los derechos civiles, tanto en el orden público cuanto en el privado.

La consideracion (*existimatio*) puede ser, ó totalmente perdida (*aut consumitur*), lo que sucede siempre que se pierde la cualidad de hombre libre, ó solamente disminuida (*aut minuitur*) (2).

Las alteraciones de la *existimatio* se colocan en tres clases:

1.º La infamia (*infamia*), que proviene de dos causas, ó bien recae sobre las personas por el ejercicio de ciertas profesiones, por ciertos actos vergonzosos expresamente designados por la ley ó por el edicto del pretor, y por el hecho solo de la existencia de estas profesiones, ó de estos actos; ó bien es la consecuencia de una condenacion impuesta por delitos públicos, ó por algunas causas formadas por delitos privados. Estas personas se llamaban infames (*famosi qui notantur infamia*, ó simplemente *notati*). Bajo muchos respectos eran inhábiles por derecho. El Digesto de Justiniano nos presenta un título especial de *his qui notantur infamia*, donde se nos ha conservado el texto del edicto del pretor que numeraba los casos de infamia (3). Es una materia curiosa como estudio de la sociedad romana.—En esta clase se colocaba, segun toda probabilidad, aquel cuyos bienes habian sido vendidos *en masa* por los acreedores, por causa de insolvencia; y que por este acontecimiento quedaba afectado de una disminucion de cabeza, de una pérdida de su *caput*, que llevaba consigo una desconsideracion y una incapacidad, no sólo de opinion, sino tambien de derecho (4), como sucede entre nosotros con el que ha quebrado. Por esto el ciudadano romano que moria insolvente tenia buen cuidado de instituir por heredero forzoso y necesario á uno de sus esclavos, á fin de que despues de su muerte se verificase esta venta en cabeza del esclavo, y no contra su memoria.

(1) Dig. 50. 13. 5. § 1. fr. Calistrat.

(2) Ibid. §§ 2 y 3.

(3) D. 3. 2.

(4) Gay. 2. § 154.—Véase 2. 19. § 1 de este tomo.

2.º La torpeza (*turpitude*), que tenía lugar en los casos en que, aunque ni la ley ni el pretor declarasen la infamia, las costumbres, más delicadas que el derecho escrito, cubrian la *existimatio* con una mancha, á causa de la torpeza de la vida (*vita turpitude*) ó de la profesion (1). Las incapacidades de derecho que de esto resultan son casi las mismas que las de la infamia.

3.º La *levis nota*, que recae sobre los emancipados y los hijos de aquellos que se dedican al arte escénico (*qui artem ludicram faciunt*); lo que los hacia incapaces de contraer matrimonio con los senadores ó con los hijos de éstos, cuya prohibicion fué suprimida por Justiniano; y lo que hacia la institucion de heredero, verificada en su favor, capaz de que fuese impugnada por los hermanos ó hermanas, en cuyo perjuicio se habia hecho (2).

Un fragmento de constitucion de Constantino contiene la indicacion bien marcada de estos tres grados de alteraciones de la *existimatio* (3). Sin embargo, las expresiones *personæ turpes*, *viles personæ*, se aplican con mucha frecuencia indistintamente tanto á unos como á otros.

La infamia, la torpeza y la mala nota pueden borrarse en ciertos casos, y restablecerse la *existimatio* en su integridad, ya por el senado, ya por el príncipe, ya por el magistrado, y aún ya á veces por el tiempo, segun las circunstancias (4).

25 El orden, la dignidad.

La historia y la legislación de la sociedad romana, sociedad de una organizacion eminentemente aristocrática, sobre todo en su origen y en sus primeras fases, nos presentan en todas partes las consecuencias de la distincion de las castas y de los órdenes en que se hallaban distribuidos los ciudadanos, y de las dignidades públicas de que estaban revestidos. Descubrimos los efectos de esto no sólo en el derecho político, sino hasta en el derecho privado, que no es en todos los puntos el mismo para todos. Importa seguir acerca de esto la vicisitudes que nos ofrece la historia.

(1) Cod. 12. 1. 2. const. Constant.—Dig. 22. 5. 3. pr. fr. Calist.—37. 15. 2. fr. Julian.—50. 2. 12. fr. Calist.—Inst. 2. 18. *De inoff. testam.* § 1.

(2) Ulp. Reg. tit. 16. § 2.—Dig. 23. 2. 44. pr. y § 5. fr. Paul.—40. 11. 5. fr. Modestino.—Cod. 3. 28. 27. const. Constant.

(3) «Si scripti heredes *infamie*. vel *turpitudinis*, vel *levis note* macula adspersantur.» Cód. 3. 28. 27. const. Constant.

(4) Dig. 3. 1. 1. §§ 9 y 10. fr. Ulp. Véase Cód. 9. 43. 3. const. Valentin, Valente y Graciano.—Cód. 9. 51. 7. const. Philipp.

26. La profesion.

Lo mismo sucede con la profesion, que en muchos casos influía aún sobre los derechos privados. Unas merecian ciertos privilegios, como eran las que los romanos llamaban profesiones liberales (*liberalia studia*), y de las que hemos recibido esta denominacion (1); otras, por el contrario, disminuian la *existimatio*, y, por consiguiente, los derechos: tales eran las que llevaban consigo la nota de infamia ó torpeza. Entre aquellos en cuyo favor el derecho habia recibido modificaciones más privilegiadas en consideracion á su profesion, se hallaban los soldados (*milites*) en oposicion á los que no lo eran (*pagani*) (2).

27. La religion.

Las diferencias en el derecho de las personas, segun la religion á que pertenecen, principiaron con el cristianismo. Cuando éste se hallaba todavía proscripto y perseguido, recaian aquéllas contra los cristianos; cuando llegó á ser la religion del imperio, se han inclinado en su favor. Entonces se distinguian en la aplicacion del derecho privado; los *fideles* ó cristianos, que eran ortodoxos ó católicos (*ortodoxi, catholici*) si reconocian los dogmas de los sínodos ecuménicos, y que en el caso contrario eran herejes (*heretici*);—y los *infideles* ó no cristianos, entre los cuales se distinguian los apóstatas (*apostatae*) y los judíos (*judæi*). A cada una de estas categorías correspondian algunas diferencias en el derecho; sólo los cristianos ortodoxos gozaban de la plenitud de sus ventajas; la peor condicion era la de los judíos, que sólo tenian el *commercium* con los cristianos, y que se hallaban excluidos del *connubium*, no pudiendo ser testigos contra ellos, ni desempeñar ninguna magistratura.

El código de Teodosio y el de Justiniano contienen muchos títulos acerca de estas clasificaciones religiosas y sobre sus resultados (3). Descuidamos demasiado en nuestros estudios de jurispru-

(1) Dig. 50. 13. 1. pr. fr. Ulp.

(2) Propiamente hablando, los *bourgeois*, que traen su origen de *pagus bourg*, designan entre nosotros (*los franceses*) en términos de cuartel una expresion más desdenosa todavía.

(3) Cód. de Teodosio; todo el libro 46, título 1 hasta el 11.—Principalmente: el 1. *De fide catholica*; 5. *De hereticis*; 7. *De ap statis*; 8. *De Judæis cælicolæ eis Samaritanis*; 10. *De paganis sacrificiis et templis*.

Cód. de Justiniano, el lib. 1, los doce primeros títulos.—Principalmente; 1. *De summa Trini-*

dencia estas partes del derecho romano, tan importantes, sin embargo, para la historia y para la inteligencia de aquellos tiempos.

28. El domicilio (*domicilium*: donde uno es *incola*); la ciudad local (donde uno es *civis, municeps*).

El domicilio (*domicilium*) no es otra cosa que la residencia legal, jurídica, de cualquier persona (1); residencia donde se reputa que se halla para la aplicacion del derecho, ya sea que corporalmente se encuentre allí, ya que no. A la legislacion romana corresponde esta elegante descripcion de los hechos que manifies-

late et fide catholica; 5. *De hereticis et manichæis et Samaritanis*; 7. *De apostatis*; 9. *De Judæis et De cælicolæis*; 10. *De christianum mancipium hereticus vel Judæus, vel paganus habeat, etc.*; 11. *paganis et sacrificiis et templis*.

(1) No admite la definicion de los que dicen: el domicilio es el lugar en que una persona tiene su principal establecimiento: el domicilio no es el lugar; está en el lugar, como dice perfectamente nuestro Código civil, art. 102.—Pero tampoco admito la definicion que generalmente se sustituye á la anterior: «El domicilio es la relacion legal que existe entre una persona y el lugar en que esta persona ejerce sus derechos.» Para probar esta definicion, que se ponga en lugar de la palabra definida, y se verá la extraña cacofonia que resulta: «Dirigir un mandato á domicilio, dirigir un mandato á la relacion legal....., etc., para ante el tribunal, para ante el ayuntamiento de su domicilio, para ante el tribunal, para ante el ayuntamiento de la relacion legal, etc.; haber desaparecido de su domicilio; haber desaparecido de la relacion legal», y otros muchos ejemplos.

Esta definicion, por ser absoluta, no dice nada. Todo derecho consiste en una relacion, ya de persona á persona, ya, por decirlo así, de persona á cosa. La posesion y la propiedad consisten en ciertas relaciones entre una persona y una cosa; la residencia y el domicilio son tambien relaciones especiales entre una persona y un lugar; relacion de hecho en un caso, y de derecho en otro. No es definir estos hechos ó estos derechos decir que son relaciones: ¿Qué tiene de particular la que constituye el domicilio? Esto es lo que debe dar á conocer la definicion.

De la misma manera que la ley, como veremos, crea personas y cosas que no existen materialmente, crea hechos que tiene por existentes, sean ó no sean. El domicilio es uno de estos hechos. La ley, en virtud de ciertos datos, supone, para el ejercicio de ciertos derechos, que una persona se halla en tal lugar. Que esté en él ó no, poco importa; para el ejercicio del derecho de que se trata, se reputa siempre que está allí, y se puede obrar en su consecuencia. Esta suposicion legal puede ser múltiple, y corresponder, respecto de una misma persona, á lugares diferentes, segun que se trate de este ó de aquel derecho; por ejemplo, de los derechos civiles ó de los políticos en general, ó bien de tal derecho civil en particular; como el matrimonio, el cumplimiento de tal contrato, la reclamacion de tal obligacion, ó de tal derecho real, ó de tal derecho político especial, como los de eleccion ó de elegibilidad parlamentaria, de eleccion ó elegibilidad municipal ó provincial. Por manera que se reputará siempre que la misma persona se encuentra en tal lugar para el ejercicio de tal derecho, y en cual otro para el ejercicio de otro. En cuanto á los datos en que la ley funda esta suposicion, son susceptibles de variar, no sólo en las diversas legislaciones, sino en una misma legislacion, segun los diversos derechos á que se aplica. Estos datos pueden ser, por ejemplo, ya el origen de nacimiento, ya el establecimiento principal, ya un cierto tiempo de residencia, ya la convencion de las partes, ya el pago de contribuciones, ya simples declaraciones, como sucede entre nosotros en materias de derecho de eleccion y de elegibilidad parlamentarias.

En resumen, se ve que el domicilio es en derecho lo que la residencia es de hecho. El domicilio, en su nocion más simple y verdadera, es «la residencia legal, la residencia jurídica de una persona para el ejercicio de ciertos derechos.» Que la residencia sea política ó civil, que sean ciertos derechos en general, ó tal derecho en particular, poco importa. La composicion de la palabra *domicilium* basta por sí sola para darnos esta nocion tan sencilla como exacta.

tan el domicilio: «*Ubi quis larem rerumque et fortunarum suarum summam constituit; unde non discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est peregrinari videtur; quod si rediit, peregrinari jam destitit*» (1). El domicilio da á las personas, no ya la cualidad de *civis*, sino la de *incola* en la ciudad donde se halla establecido (2). Esta materia se asocia á la de las cargas, magistraturas y jurisdicciones que respectivamente en ella deben sufrirse ó desempeñarse (3).

La cuestion del domicilio camina en el derecho romano juntamente con la de la ciudad local á la que uno pertenece, ó en la que es ciudadano, individuo del municipio (*civis, municeps*), ya por origen, ya por adopcion, por manumision ó de otro modo.—Esta segunda cuestion era de la más alta importancia, y se trataba con toda extension en tiempo en que las ciudades del imperio no tenían todas la misma condicion jurídica, en que la distribucion de los derechos de ciudad y de los privilegios eran diferentes de una á otra, porque habia entonces un grande interés en ser individuo de tal ciudad con preferencia á tal otra.

Pero desde la constitucion de Caracalla, que declaró ciudadanos á todos los súbditos del imperio, en cualquier parte que estuviesen el domicilio y la ciudad local, Roma fué patria comun: «*Roma communis nostra patria est*», dijo Modestino (4).

¿Para qué, pues, se ha de investigar todavía si un ciudadano pertenece á tal ó cual ciudad? En primer lugar, por las cargas públicas, municipales, á las que está uno siempre obligado en su ciudad local, además de las que sufre en el lugar de su domicilio: cargas municipales que nos recuerdan la condicion miserable á que habian llegado los curiales y decuriones, los principales de la ciudad durante el último período del imperio.—En segundo lugar, porque la constitucion de Caracalla, concediendo igualdad de derechos á todos los habitantes, no la habia concedido á todos los territorios. Ya veremos que hasta el tiempo de Justiniano no se abolió esta diferencia en cuanto al suelo.

Es preciso, pues, distinguir estos tres puntos: Roma, patria comun;—la ciudad local en que uno es *civis, municeps*;—y por

(1) C. 10. 39. 7. const. Diocl. y Maxim.

(2) «*Cives quidam origo, manumissio, allectio vel adoptio; incolae vero (sicut et divus Hadrianus edicto suo manifestissime declaravit) domicilium faciunt*» (Ib.)

(3) Dig. 50. 1. 20. f. Gay.—C. 10. 39. 5 y 6 const. Diocl. y Maxim.

(4) Dig. 51. 1. 33. f. Modest.

último, aquella en que se tiene el domicilio, la residencia jurídica donde es uno *incola*.

El Digesto y el Código de Justiniano contiene cada uno un título sobre estas materias (1).

A la teoría del domicilio no se refiere precisamente en el derecho romano la de la *ausencia*, que por lo demas no estaba en aquel derecho organizada como entre nosotros, que no representaba la misma idea, y que se tomaba, ya en un sentido, ya en otro (2).

§ II. EN EL ORDEN FÍSICO.

Aquí se coloca lo que es relativo á:

29. EL SEXO.

Que introduce tan notables diferencias de derecho; ya en el orden público, en que las mujeres, lo mismo en los tiempos antiguos que en los modernos, se hallaban enteramente excluidas; ya en el orden privado, en que su condicion se mejora por el desarrollo de la civilizacion social. En el orden primitivo de los romanos, bajo el poder de su padre, ó bajo la mano de su marido, eran las mujeres propiedad de otro; y cuando las circunstancias las hacian *sui juris, matresfamilias*, colocadas bajo una tutela perpétua, bajo la vigilancia de sus agnados, no tenían nunca poder sobre sus hijos, daban principio á una familia en que el pleno y libre ejercicio de los derechos jamas les tocaba y que se extinguía con ellas. «*Mulier autem familiae suae et caput et finis est*», decia Ulpiano con tanta elegancia como concision (3).

Los rodeos y las ficciones que las costumbres judiciales pusieron á disposicion de las damas romanas para sustraerlas á los rigores del derecho civil son dignas de estudiarse. La tutela perpétua á que se hallaban sometidas principió á debilitarse aun bajo la república:

«Nuestros mayores, dice Ciceron, quisieron que todas las mujeres estuviesen en poder de tutores; los jurisconsultos inventaron

(1) Dig. 50. 1. *Ad municipalem et de incolis*. C. 10. 39. *De incolis, et ubi quis domicilium habere videtur, et de his qui studiorum causa in aliena civitate degunt*.

(2) Véase Dig. 4. 6. *Ex quibus causis majores in integrum restituantur*.—50. 16. 173. f. Ulp.: «*Qui extra continentia urbis est, abest*» Ib. 199. fr. Ulp.: «*Absentem accipere debemus eum, qui non est eo loco, in quo loco petitur*» 53. 17. 124 f. Paul.—C. 7. 38. 12. const. Justin.

(3) Dig. 50. 16. 195. § 5. f. Ulp.

varias especies de tutores para las mujeres» (1), hasta que al fin vino á caer en desuso.

Bajo la legislacion de Justiniano se pierde el carácter antiguo, pero no por eso dejan de existir muchas distinciones legales entre los hombres y las mujeres: llegan ántes á la pubertad; el derecho les es en ciertos casos más, y en otros ménos favorable.

Los jurisconsultos romanos discurren con este motivo acerca de los hermaphroditas (*hermaphroditus*), es decir, aquellos cuyo sexo es dudoso, y á quienes se consideraba en otro tiempo como si reuniesen los dos sexos á un mismo tiempo.

Su resolucion se reduce á que deben ser considerados como del sexo que predomine en ellos (2).

30. La edad.

El derecho romano, siguiendo paso á paso la marcha de la naturaleza, habia formado una escala de edad y variado la capacidad, lo mismo que los medios de proteccion por grados sucesivos. Pero en su rudeza y materialismo primitivos se habia fijado, para apreciar el incremento y desarrollo del hombre, en dos fenómenos de su naturaleza física: la palabra y la aptitud para la generacion. La palabra, porque los actos del derecho quirritario se verificaban por medio de fórmulas consagradas, de términos sacramentales, que las partes debian pronunciar; el que no hablaba era materialmente incapaz para tales actos, y nadie podia desempeñarlos por él. La aptitud para la generacion, porque es la condicion esencial del matrimonio.—La jurisprudencia, el derecho pretoriano, y finalmente el derecho imperial se inclinaban á sustituir, ó al ménos á colocar al lado de estas consideraciones absolutamente materiales una apreciacion más intelectual, tomada, no ya del desarrollo corporal, sino del moral.—De esta manera se distinguieron los diversos periodos que siguen:

Primero, de la *infancia*, período indeterminado, pero muy corto, cuyo límite consiste en un hecho material, cual es la palabra: este período apenas comprende más que los dos primeros años de la vida, en que el hombre no habla todavía.—En este período el hombre es *infante* y no habla, *qui fari non potest*, como dice el ju-

(1) Cicer. *pro Munera*, XII. 27.—Véase la exposicion de éstos procedimientos sutiles en el libro 1 al fin del tit. 22: *De la tutela de las mujeres*.

(2) Dig. 1. 5. 10. f. Ulp. 22. 5. 15. § 1. f. Paul.

risconsulto (1): ésta es la circunstancia en que se funda el derecho primitivo, porque el *infante* no puede proferir las palabras sacramentales, las fórmulas consagradas de los actos del derecho civil: ningun otro ciudadano puede proferirlas en su lugar: es imposible que estos actos se verifiquen en su nombre solamente: es preciso esperar ó valerse de otro medio. Posteriormente la jurisprudencia se fija en una consideracion ménos material y más intelectual; mira al infante como si no tuviese ninguna inteligencia de las cosas formales (*nullum intellectum*).

En segundo lugar, *la edad posterior á la infancia*, que principia en el momento en que aparece la facultad de hablar y llega hasta la pubertad. Ya el hombre puede hablar y proferir las fórmulas jurídicas. Sin embargo, para efectuar los actos del derecho civil no tiene todavía la personalidad que este derecho exige, la del ciudadano púbero. Para que en él se muestre esta personalidad, para completar lo que bajo este aspecto le falta, si es *sui juris*, otro ciudadano púbero, tutor suyo, se asociará á él y completará su persona y la aumentará (*autoritatem præstare, auctor fieri*: de *augere*, aumentar): el impúbero pronunciará las palabras consagradas, y el tutor será el *auctor*, y entre los dos podrán verificar de esta manera el acto del derecho civil.—La jurisprudencia filosófica, colocando al lado de esta consideracion material la del desarrollo moral, subdivide este período en dos partes: *La edad más próxima á la infancia que á la pubertad*, en la que se dice el hombre *infanti proximus*; en sentido inverso, cuando se halla *más cerca de la pubertad que de la infancia*, se llama *pubertati proximus*. Subdivision intermedia, cuyo punto de interseccion es indeterminado como el de los dos términos á quienes sirve de medio. Los jurisconsultos, sin embargo, se inclinan á fijarlo en los siete años. La jurisprudencia, analizando intelectualmente la situacion, asimila bajo este aspecto, y con muy corta diferencia, al *infanti proximus*, con el *infante*; mientras que nos dice del *pubertati proximus*, es decir, del que ha llegado á los siete años, que tiene ya alguna inteligencia de las cosas del derecho (*aliquem intellectum habent*), pero no el juicio (*animi iudicium*); de donde deduce para esta edad ciertas capacidades ménos materiales que la de la pronunciacion de las fórmulas.—Por último, en tiempo del Bajo Imperio parece que

(1) Dig. 26. 7. 1. § 2. f. Ulp.

una constitucion de Teodosio relativa á la aceptacion de las herencias maternas terminó esta asimilacion del menor de siete años con el *infante*, sin examinar si ha llegado á tener uso de la palabra con más ó menos precocidad, más ó menos tarde (*sive maturius, sive tardius filius fandi sumat auspicia*) (1); y por consecuencia de esta constitucion, los intérpretes del derecho romano principiaron á llamar *infante*, no al que no habla todavía, sino al menor de siete años.

En tercer lugar, la *pubertad*, el principio de cuyo período es igualmente indeterminado, siguiendo el desarrollo corporal de cada persona, y que se fija en un hecho material, cual es la aptitud para la generacion. Los jurisconsultos por motivos de decencia, han fijado respecto de las mujeres la primera época en una edad precisa, la de doce años. Tambien se inclinaban á fijarla respecto de los hombres en catorce años. Término que Justiniano adopta y establece legislativamente. Se llama el hombre *impuer* ántes de esta época, y despues que ha llegado á ella, *puer*. La pubertad llevaba consigo la aptitud para contraer justas nupcias, y el término de la tutela respecto de los hombres; porque habia entonces la persona del ciudadano romano púbero, exigida para los actos del derecho civil. Tenía, segun la jurisprudencia, inteligencia y juicio.

En cuarto lugar, la *mayoría de veinticinco años*; período introducido por el derecho pretoriano, en consideracion al completo desarrollo moral. Antes de esta edad el pretor concedia al púbero una especial proteccion, valiéndose de medios pretorianos para asegurarle de las consecuencias perjudiciales que podia causarle la capacidad precoz que el derecho civil le concedia; pero una vez que el hombre hubiese llegado á la edad de veinticinco años, se reputaba, áun por el derecho pretoriano, que habia alcanzado toda la madurez de juicio de que era capaz, y no podia ya ser restituido contra sus actos por beneficio del pretor, á no ser por causas extraordinarias.

Por último, la vejez (*senectus*), á la que el derecho romano no habia marcado ningun término general y preciso; pero que, para la exencion de los cargos públicos, se fijaba en los setenta años

(1) Cod. Teodos. 8. 18. *De maternis bonis.... et cretione sublata*, 8. const. Arcad., Honor. y Teodos.

cumplidos (1). Sobre esta materia los jurisconsultos reconocen como dominante este principio. «*Semper in civitate nostra senectus venerabilis fuit*» (2).

Las expresiones mayor (*major*) y menor (*minor*) no tenian en el derecho romano un sentido absoluto como entre nosotros; se consideraban como términos comparativos que exigian su complemento; así se decia menor de tantos años, mayor de tantos años. Sin embargo, á veces, aunque en raras ocasiones, se empleaban solas, y designaban al mayor ó al menor de veinticinco años.

31. Las alteraciones corporales ó morales.

Las alteraciones corporales tienen en muchos casos influjo en el derecho: pueden llevar consigo ciertas exenciones. Esto se verifica, por ejemplo, respecto de los impotentes (*spadones*), castrados (*castrati*), sordos (*surdi*), mudos (*muti*), ó sordo-mudos (*surdi et muti*), y los que padecen una enfermedad perpétua (*qui perpetuo morbo laborant*).

Lo mismo sucede respecto de las alteraciones mentales; el derecho romano parece, aunque de un modo poco preciso, que distingue sobre este punto á los furiosos (*furiosi*), los que padecen enajenacion mental ó están locos (*mente capti*), los que carecen de inteligencia ó son imbéciles (*dementes*), y el pródigo (*prodigus*): —á estas alteraciones morales se refiere tambien la teoría de la curatela.

CAPÍTULO IV.—DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.

—32.—

Por todo lo que precede se ve que la capacidad de las personas, es decir, su aptitud legal, ya sea para los derechos considerados en sí mismos, ya para su ejercicio, depende de un gran número de combinaciones, experimenta el influjo de un gran número de circunstancias, y se divide en muchos grados. Nuestro sabio colega el señor de Blondeau ha profundizado la materia, y ha sido el primero que ha establecido sobre los diferentes grados de capacidad una clasificacion particular de las personas (3).

(1) Dig. 27. 1. 2. pr. f. Modest.—50. 6. 3. f. Ulp.—C. 5. 68. 1. const. Sever. y Anton. 10. 31. 10. const. Diocl. y Maxim.

(2) Dig. 50. 6. 5. pr. f. Calistr.

(3) BLONDEAU, cuadro sinóptico del derecho romano, Paris, 1818, en 4.º—Tercera tabla general.

33. La tutela (*tutela*); la curatela (*cura*).

En los casos en que la ley reconoce ó establece una incapacidad para el ejercicio de los derechos, debe dispensar una proteccion jurídica: éste es un principio de humanidad. Pero en su origen el derecho civil de los romanos se dirigia por otro distinto. La propiedad se hallaba concentrada en cada agregacion de familia: era preciso impedir la pérdida del patrimonio de la agregacion: á los individuos, pues, que formaban parte de ella se confiaba el encargo, tanto de defender su derecho cuanto de proteger al incapaz. Posteriormente, cuando pasó el derecho al estado filosófico, se hizo dominante la idea de produccion.

Así, á la cuestion del sexo, de la edad y de las alteraciones morales, se asocian la teoría de la tutela (*tutela*) y la de la curatela (*cura*). Esto se entiende sólo para las personas *sui juris*; porque las que se hallan en poder de otro no necesitan, siendo propiedad del jefe de familia, de ninguna otra proteccion.

Hay entre la tutela y la curatela, consideradas en las circunstancias que la determinan, el carácter distintivo que sigue:

La tutela tiene lugar por causas generales de incapacidad, que hacen que la personalidad exigida por el derecho civil para la realizacion de los actos jurídicos, sólo exista con imperfeccion (estas causas eran la edad de impubertad, y en otro tiempo el sexo femenino).—La curatela, por el contrario, se aplica por causas particulares de incapacidad accidental, que pueden recaer sobre una persona y no sobre otra, y que hacen que esta persona, aunque capaz de los actos jurídicos, segun regla general del derecho civil, necesite, sin embargo, por una excepcion personal, que se cuide de sus intereses.

De aquí procede la diferencia fundamental entre las funciones del tutor, encargado de completar la personalidad incompleta (*auctor fieri*), y las del curador, encargado de cuidar de los negocios (*curare*). De aquí procede tambien la siguiente regla: el tutor se da á la persona; el curador á los bienes.

Las funciones del tutor en su carácter y en sus modificaciones siguen los grados de la edad. Son unas durante el período de la infancia cuando el pupilo no sabe hablar, y otras cuando ya es capaz de pronunciar las palabras solemnes de las fórmulas jurídicas.

CAPÍTULO V.—PERSONAS DE CREACION JURÍDICA.

34. Pueblo: Curias: Magistraturas: Tesoro público: Herencias: Peculio: Corporaciones, etc.

El pueblo (*populus*) ó la república (*respublica*); posteriormente el príncipe, considerado, no ya en su persona individual, sino en su cualidad (1); toda magistratura, considerada de la misma manera (2); los municipios (*municipia*) ú otras ciudades; las curias de diversas ciudades (*curiæ*); el tesoro del pueblo (*ærarium*), al que se agregó posteriormente el del príncipe (*fiscus*), que acabó por absorber al primero: la herencia yacente (*hæreditas jacens*), es decir, que no ha sido todavía adquirida por algun heredero, y que entre los romanos, hasta esta adquisicion, tenía la máscara del difunto (*personam defuncti sustinet*) (3); el peculio, que segun expresion de Papirio Fronto, es semejante á un hombre (4); los templos y los diversos colegios de pontífices paganos; las iglesias y los diversos órdenes del clero cristiano que los reemplaza; los conventos, los hospicios y fundaciones piadosas (5); en una palabra, todas las comunidades, universidades, colegios y corporaciones (*universitas, corpus, collegium*) forman otras tantas personas abstractas, que sólo existen por creacion del derecho, y que, lo mismo que las personas individuales, pueden ser sujeto activo ó pasivo de los derechos.

Nos limitaremos á señalar el principio general y de derecho público, que no había sido descuidado por la legislacion romana respecto de las universidades, colegios ó corporaciones. Consiste este principio en que la fundacion de aquéllas no es cosa de facultad privada: ninguna corporacion puede por sola su voluntad establecerse y atribuirse en el Estado una personalidad legal y jurídica. Su existencia, ya se trate de su fundacion, ya de su disolucion, debe siempre depender del poder público. Entre los romanos toda corporacion debia ser especialmente autorizada por una ley, por

(1) Dig. 4. 2. 9. § 1. f. Ulp.—31.—2.º, 56 y 57.1. Gay.

(2) Dig. 33. 1. 20. § 1. f. Sævol.

(3) Dig. 41. 1. 34. f. Ulp.

(4) «Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur; et ideo, eleganter et Papirius Fronto dicebat, PECULIUM SIMILE ESSE DEUM.» (Dig. 15. 1. 40. pr. f. Marcian.)

(5) C. 1. 2. De sacrosanctis ecclesiis. 22. cons. Justinian.—1. 3. De episcop et cleric. 28. const. Leon.