

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 aetatem 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 tambien 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 tutelæ*. 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 tambien, y el estado de ciudadano se destruye enteramente; hay gran disminucion de cabeza (*maxima*).

Si se pierde el segundo elemento (*civitas*), se pierde tambien 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 ejecucion 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 todavia), 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 juriconsultos que no tiene todavia 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 tambien 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 juriscultos 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 *Papia 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 tutelae 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