

PERSONAS

TEMA 1. LA PERSONA

1. La personalidad: comienzo y extinción.

1.1 Nacimiento

Señala el comienzo de la persona humana, y para ser considerado como tal, exige los siguientes requisitos.

- Nacimiento efectivo.– desprendimiento total del claustro materno.
- Nacimiento con vida.– los que nacen muertos no se consideran ni nacidos ni procreados. No es fácil determina cuando hay vida en el recién nacido. Por ello, los derechos primitivos exigen la emisión de un grito del recién nacido como señal de vida (proculeyanos) Otros exigían cualquier manifestación de vida por parte del recién nacido (sabinianos) La relevancia práctica de esta determinación es que, a efectos sucesorios, puede ser interesante si el feto llegó a vivir unos instantes.
- Forma humana del nacido.– si una mujer hubiese dado a luz algo monstruoso o prodigioso, nada es provechoso, porque no son hijo los que son procreados con forma contraria a la del género humano.

Aunque el nacimiento determina el momento en que una persona comienza su existencia, en casos aislados puede ser relevante el momento de la concepción, o el tiempo de gestación. Así hay que distinguir entre la concepción en matrimonio legítimo y no legítimo a efectos de adquisición de ciudadanía. En el matrimonio legítimo el hijo sigue la condición del padre, en el ilegítimo el de la madre en el momento del nacimiento. Hay ocasiones en que para salvaguardar los derechos del *nasicturus* se considera el feto como ya nacido. Tal es el caso de los *postumi*, nacidos después de la muerte del padre, pero considerados como existentes a efectos de salvaguardar sus derechos hereditarios. Con la misma finalidad se puede nombrar a un *curator ventris*, que vele por los derechos del que va a nacer.

Un registro de nacimientos sólo aparece en la época de Augusto y no tiene tampoco carácter general, ni siquiera es el único medio de prueba, sino que está sujeto a la libre apreciación del juez. Este registro se reservó a los hijos legítimos hasta la época del emperador Marco Aurelio.

1.2 Muerte

La persona humana se extingue con la muerte. El Derecho romano no conoce la institución de la declaración de fallecimiento en caso de desaparición de una persona. La razón es que, probablemente, al ser el matrimonio romano una situación de hecho, esta institución no era tan necesaria. En el caso de que varias personas perezcan conjuntamente en un siniestro se considera que todas han muerto a la vez. Pero tampoco aquí se puede hablar de una presunción de conmoriencia sino que lo que hay es una imposibilidad de probar quién ha muerto primero. El Derecho justiniano conoce, en cambio, presunciones de premoriencia en casos concretos. Así, en el caso de que un padre y un hijo perezcan en el mismo siniestro se establece una presunción de premoriencia, atendiendo al mayor o menos grado de fortaleza de ambos.

2. Capacidad de obrar

Conviene examinar aquí las importantes circunstancias modificativas de la capacidad de obrar:

a) Edad: la distinción fundamental es la de púberes e impúberes. Sobre el límite entre ambas clases de personas existió una controversia entre sabinianos y proculeyanos. Para los sabinianos era la madurez sexual, comprobada caso a caso mediante la *inspectio corporum*, que resultaba decisiva a la hora de determinar la

pubertad. En cambio los proculeyanos establecían los catorce años para los varones y los doce para las hembras como edad a la que, en todos los casos, se llegaba a la pubertad. Justiniano acogió el punto de vista de los proculeyanos. Todavía dentro de los impúberes hay que distinguir entre los infantes (*infans* = el que no puede hablar con sentido y razón, donde se fija el tope de siete años) e *impueres* que han pasado ya la *infantia*. Los infantes no tienen capacidad alguna, en tanto que los *impueres infantia maiores* pueden celebrar negocios jurídicos que le reporten beneficios (donación) Para obligarse necesitan la autorización de su tutor (*auctoritas tutoris*)

Los *impueres infantia maiores* tienen capacidad delictual, en lo que atañe a los delitos del *ius civile*; en cambio no responden por los delitos del Derecho honorario.

La llegada a la pubertad significa para el viejo *ius civile* una capacidad de obrar total. Pero la expansión de Roma puso de manifiesto que esta regulación era inadecuada. Por ello, una *lex Praetoria* vino a proteger a los menores de veinticinco años contra la posibilidad de engaño. La manera de dar cauce a esta Ley la constituyó una *restitutio in integrum* o una *exceptio*. Además a petición del menor, el pretor puede nombrar un *curator*, que le asista y le evite el riesgo de engaño.

b) Sexo: la mujer adulta, que no esté sometida a la *potestas* del *paterfamilias*, ni a la *manus* del marido, necesita un tutor. Al tutor *mulieris* no le corresponde cuidar de la persona de la mujer, ni de la *gestio* de sus bienes, pero debe intervenir en los procesos y en los negocios del *ius civile*.

c) Enfermedad mental: los dementes (*furiosi*) no tienen, en principio, capacidad negocial. No obstante, se consideran válidas las declaraciones de voluntad, que realizan en intervalos lúcidos.

d) Prodigalidad: la persona que dilapida su patrimonio tenía una posición jurídica semejante a la de los *impueres infantia maiores*. La incapacitación del pródigo suponía para él la pérdida del *commercium*.

Tanto los dementes como los pródigos estaban sometidos a *curator*; y éste tenía que velar por el patrimonio del demente o del pródigo.

e) Degradación del honor civil: el honor civil, la justa reputación tanto puede destruirse como menoscabarse. La destrucción tiene lugar por la *capitis deminutio maxima* o *media*; la degradación, por la infamia. La pérdida de la pública estimación sólo significa, en principio, una condena de la sociedad, pero puede traducirse en una degradación jurídica, cuando es constatada oficialmente.

TEMA 2. LOS TRES STATUS

A) STATUS LIBERTATIS

1. Condición social y jurídica de los esclavos

1.1. Condición social

La institución de la esclavitud ocupa un lugar relevante en la historia política, económica y social de Roma. La razón clara: la fulgurante expansión de Roma, fruto de las guerras de conquista, provoca la aparición de grandes masas de esclavos, que serán utilizados en la explotación de latifundios y que tendrán una consideración social detestable.

a. En la época arcaica la esclavitud está reducida a unas proporciones muy estrechas. Los propios nombres de los esclavos indican que con frecuencia no hay en la familia más de un esclavo. De ahí que el esclavo disfrute en esta época de una cierta consideración social: come en la misma mesa que su amo y en las XII Tablas aparece protegido, en los casos de *iniuria*, con la mitad de la composición de un hombre libre.

b. La expansión de Roma hace afluir al mercado grandes masas de esclavos, que se emplean en los latifundios. A lo largo de los siglos la República va aumentando el contingente de esclavos y empeorando su situación social; esto llevó a grandes sublevaciones de esclavos. Estos movimientos no pretenden en ningún momento abolir la institución de la esclavitud, sino que son una respuesta a las continuas vejaciones al esclavo.

c. El principado supone una estabilización de las fronteras del Imperio y una renuncia a las guerras de conquista. Así, se estabiliza, en un principio, el número de esclavos, cesan los levantamientos masivos y mejora la situación social. Bien entrado el siglo II d.C. baja ya el número de esclavos y con el cristianismo se dulcifica su crudeza.

d. En el Bajo Imperio la decadencia de la esclavitud romana es ya evidente. De todos modos, las incesantes guerras hacen que sean ahora los romanos los que caigan prisioneros y sean vendidos como esclavos.

e. Justiniano realiza amplias reformas que tienden a acabar, definitivamente, con la crueldad del amo frente al esclavo.

1.2. Condición jurídica de los esclavos

En principio, el esclavo no tiene consideración de persona sino de cosa y como tal carece de derechos. No obstante, puede establecer una relación permanente con una esclava, relación que es calificada de *contubernium*. En el ámbito del Derecho patrimonial es corriente la práctica de otorgar al esclavo una masa de bienes (*peculium*) con los que puede negociar. Así no teniendo capacidad jurídica tiene, en cambio, capacidad de obrar. Las adquisiciones del esclavo revertern en beneficio de su amo y por ello el pretor responder a éste de las deudas contraídas por el esclavo, hasta el límite del peculio. El dueño del esclavo responde también de los delitos del esclavo por la *actio noxalis*.

2. Causas de esclavitud

Los esclavos nacen o se hacen. Resulta así la siguiente clasificación de causas de esclavitud:

- Nacimiento de madre esclava: el hijo que nace de madre esclava, en el momento del parto, se hace esclavo, sin atender a que el padre sea o no un hombre libre. Esta regla vino luego a atenuarse con el *favor libertatis*, por el que se considera libre al hijo, si la madre fue libre en algún instante de la gestación.
- Cautiverio de guerra: la esclavitud es una institución común a todos los pueblos de la Antigüedad, de modo que no sólo se hace esclavo el enemigo que cae prisionero de los romanos, sino también el romano que cae prisionero de los enemigos. Se dan así las siguientes instituciones:

! *Captivitas*. El que cae prisionero del enemigo se hace esclavo suyo.

! *Fictio legis Corneliae*. El que muere en cautiverio muere como esclavo. Ahora bien, en virtud de la *fictio legis Corneliae* se finge, se arranca de como si el ciudadano romano hubiera muerto en el campo de batalla, es decir, cuando aún era libre. La finalidad de eso es salvar la validez de las disposiciones testamentarias del finado, que de otro modo serían nulas, pues un esclavo no puede testar.

! *Postliminium*. Esto se da cuando el ciudadano romano logra escapar del cautiverio y vuelve a Roma. El *ius postliminii* regula esta situación: el ciudadano recupera todos sus derechos, que quedaron como suspenso mientras estuvo cautivo. Se dan dos excepciones: en la posesión y el matrimonio no se recuperan los antiguos derechos, sino que a la vuelta del cautiverio se establece una nueva relación.

- Se dan también otras causas de esclavitud en las diversas épocas. Así en el derecho arcaico:

! Las penas graves, que conllevan condena a trabajos forzados, implican la pérdida de la libertad.

! El hombre libre, que se deja vender como esclavo para participar del precio y luego hacerse reivindicar como libre, cae en la esclavitud como pena por su conducta.

Los extranjeros prisioneros de Roma pasan a ser propiedad del Estado, el cual los destina a servicios públicos (*servici publici*), los vende a los particulares o, lo que es menos frecuente, los cede a los soldados. El *ius civile* les niega, en absoluta, la personalidad jurídica.

3. Extinción de la esclavitud

La esclavitud se extingue, fundamentalmente, por manumisión o por disposición de la Ley.

3.1 *Manumissio*

La *manumissio* es un acto por medio del cual el dueño concede la libertad al esclavo. La distinción entre *ius civile* y *ius honorarium* es aquí patente.

a) Manumisiones del *ius civile*:

- *Manumissio vindicta*: consiste en un proceso fingido, celebrado conforme al ritual de la *in iure cessio*. En esta comparecen ante el pretor, el esclavo, su dueño y un tercero, llamado *adsertor libertatis*. El *adsertor libertatis* hace una afirmación solemne de la libertad del esclavo, el dueño calla y el pretor concede, basándose en el principio del que calla otorga.
- *Manumissio censu*: consiste en la petición hecha al censor por medio del dueño o con el asentimiento del dueño de que se inscriba al esclavo en el censo de los hombres libres.
- *Manumissio testamentaria*: es el acto de dar libertad al esclavo por medio del testamento bien de modo directo (*directa libertas*), o bien indirectamente (*fideicomissaria libertas*) La *manumissio testamentaria directa* se ordena con palabras imperativas. El esclavo así manumitido se convierte en liberto del difunto y no de su heredero. La manumisión fideicomisaria implica un simple ruego del testador a cualquier beneficiado por la herencia de conceder la libertad a un esclavo determinado (ruego a mi heredero que manumita al esclavo Estico) La persona a quien se dirige el ruego viene obligada a la manumisión del esclavo, y hecha ésta se convierte en liberto suyo.

b) Manumisiones del *ius honorarium*:

Las manumisiones del *ius honorarium* no son solemnes y, por ello, revisten una gran variedad. Así se hacen manumisiones ante testigos (*inter amicos*), admitiendo al esclavo a la mesa del señor; o por simple carta (*per epistulam*) Una *lex Iunia Norbana* (19 d. C.) concedió la libertad a los esclavos manumitidos de tal guisa, pero sin reconocerles el derecho de la ciudadanía, sino solamente la condición de latinos.

4. Límites a la libertad de manumitir

Las manumisiones de esclavos en masa, que tienen lugar hacia fines de la República, hacen que alcancen la ciudadanía romana elementos de procedencia exótica, que vienen a alterar el equilibrio demográfico. Así Augusto establece las siguientes limitaciones a la libertad de manumitir:

- La *lex Fufia Caninia* (2 d. C.) fijó los límites cuantitativos a las manumisiones de esclavos por testamento. Así, el propietario de tres esclavos sólo podía manumitir dos; de cuatro a diez esclavos podía manumitir a la mitad; de once a treinta, un tercio, y de treinta a cien, un quinto. En ningún caso podía manumitir a más de cien esclavos.
- La *lex Aelia Sentia* (4 d. C.) prohibió las manumisiones en que el amo no tuviera más de veinte años y

el esclavo treinta, a menos que circunstancias especiales lo justificaran. Finalmente, los esclavos que habían sufrido penas infamantes podían ser manumitidos, pero adquiriendo la categoría de *peregrini dediticii*.

Justiniano abolió todas estas limitaciones.

5. Los libertos y el patronato

La suprema división del Derecho de personas es la que los agrupa en libres y esclavos. A su vez, los libres se dividen en ingenuos, personas que han sido libres desde su nacimiento, y libertos, hombres que habiendo sido esclavos salieron de esta condición.

La manumisión solemne por un acto de Derecho civil confiere la libertad y la ciudadanía. Pero hay ciertas limitaciones a la capacidad de los libertos.

En el ámbito del Derecho público el liberto no tiene el *ius honorum* o derecho a ser elegido para cargos públicos. Además se limita su *ius suffragii* porque aunque puede votar lo hará en una de las cuatro tribus urbanas, confundido con la plebe.

En cuanto al Derecho privado, el liberto sigue ligado a su antiguo amos y esta vinculación determina una porción de deberes. Ha de respetar al patrono, tributándole honor. Además, el liberto puede venir obligado a realizar ciertos servicios al patrono, siempre que haya asumido o confirmado esta obligación, después de la manumisión, por medio de juramento. Los derechos de patronato pasan a los hijos, si bien con ciertas limitaciones.

6. Situaciones afines a la libertad

- situación del *filiusfamilias*, que ha sido vendido por el *pater*.
- *redemptus ab hostibus* es el que fue rescatado del enemigo mediante precio, sólo recupera la libertad cuando haya pagado completamente el precio que dio por él el *redemptor*.
- el gladiador (*auctoratus*) que arrienda sus servicios a un empresario.
- en el derecho arcaico los deudores insolventes (*addicti*) que pasan a la potestad del acreedor.
- el hombre libre, que de buena fe, cree que es esclavo de otro (*homo liber bona fides serviens*)

B) STATUS CIVITATIS

1. *Status civitatis: cives, latini, peregrini*

De acuerdo con el *status civitatis*, las personas se dividen en *cives, latini* y *peregrini*.

a) *Cives*.

El principio de personalidad del Derecho hace que, en principio el Derecho romano se reserve a los ciudadanos romanos. Así, sólo es *cives* goza de plenitud de derechos. El ciudadano romano posee: en el Derecho público el *ius suffragii*, y el *ius honorum*. En el Derecho privado goza del *ius commercii*; el *ius conubii*; el derecho a ser titular de poderes del Derecho de familia; el derecho a adquirir el *dominium ex iure Quiritum*; y el *ius actionis*.

Los modos de adquirir la ciudadanía romana son los siguientes:

- Nacimiento de padres romanos. Aquí hay que distinguir entre el matrimonio legítimo y el no legítimo. En el caso del matrimonio legítimo, el hijo sigue la condición del padre en el momento de la

concepción. En cambio, en el matrimonio ilegítimo el hijo sigue la condición de la madre: si ésta es ciudadana el hijo también lo será aunque el padre no lo sea. No obstante, una *lex Minicia* dispuso que el hijo siguiera la condición peor.

- Manumisión, siempre que tenga lugar de forma solemne y con las limitaciones de la *lex Aelia Sentia* y de la *lex Junia Norbana*.
- Disposición legal: la *lex Acilia repetundarum* concedía la ciudadanía romana al provincial que hubiera obtenido la condena de un magistrado concusionario.
- Concesión por parte del *populus*, o, en la época del Imperio, por parte del *princeps*. Esto culmina cuando Antonio Caracalla en el año 212 d. C. concede la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio.

b) *Latini*.

- *Latini prisci* son los antiguos aliados de Roma. Estos gozan en el ámbito del Derecho público del *ius suffragii* y, en el ámbito del derecho privado, tienen el *ius commercii*, el *connubium*, la *testamentifactio* y el *ius actionis*.
- *Latini coloniarii* son los habitantes de las colonias, que Roma fundó en el transcurso de su expansión. Gozan del *ius commercii*, el *ius actionis* y de la *testamentifactio*.
- Una categoría artificial de latinos es la de *latini Juniani*, que son los manumitidos sin forma solemne, después de la *lex Junia Norbana*. Gozan del *ius commercii* y del *ius actionis*.

c) *Peregrini*.

Son los hombres libres, que viven dentro de las fronteras del Imperio Romano, sin ser ni *cives* ni *latini*. Los *peregrini* pueden pertenecer a una comunidad autónoma, que se gobierna por sus propias leyes (*peregrini alicuius civitatis*); o no pertenecer a ninguna comunidad (*peregrini dediticii*)

La diferencia entre ambas clases de *peregrini* estriba que mientras que los *peregrini alicuius civitatis* se rigen por su propio Derecho, los *peregrini dediticii* carecen de estatuto jurídico definido. Se prohíbe a los *peregrini dediticii* vivir en Roma o en un radio de cien millas extramuros.

C) STATUS FAMILIAE

En la familia romana resulta decisivo el hecho de la sujeción de varias personas a la potestad de otra, llamada *paterfamilias*. El vínculo de sangre no es aquí el hecho decisivo: por una parte, el adoptado está sometido a la potestad del *paterfamilias*; por otra parte, el emancipado no está sometido a la potestad del *paterfamilias*, pues salió de su *potestas* por el hecho de la emancipación. En realidad para ser *paterfamilias* ni siquiera hace falta que tenga personas sometidas a su potestad. Basta simplemente que él mismo no esté sometido a la potestad de otra persona. Hasta el *impuer* será llamado *paterfamilias*, si no está sometido a otra persona.

El *status familiae* determina la posición jurídica del individuo en relación con la familia. Las personas se dividen en independientes (*sui iuris*) y dependientes de la potestad de otra (*alieni iuris*). La persona *sui iuris* es el *paterfamilias* si que nada tenga que ver con el hecho de tener personas bajo su *potestas*. Lo decisivo es que se trate de un varón, ciudadano romano, libre, que no está sometido a la patria *potestas* de otro. Las personas *sui iuris* tienen, en principio, capacidad patrimonial plena.

En cuanto a la mujer, siempre hay alguien que ejerce una potestad sobre ella: unas veces es el *paterfamilias*; otras es el marido.

El poder que concede la patria potestad al *paterfamilias* sobre las personas sometidas a él es amplísimo. Así las adquisiciones del *filiusfamilias* revierten automáticamente en beneficio del *paterfamilias*. En el Derecho de personas las facultades del *paterfamilias* comprenden, incluso, el llamado *ius vitae necisque* (derecho de vida

y muerte sobre los hijos)

El hecho que configura la familia romana es el sometimiento de varias personas a la patria *potestas* de un *paterfamilias* común. A la muerte del *paterfamilias* se disuelve la *familia proprio iure*; y los descendientes varones, inmediatos del difunto, se convierten a su vez en otros tantos *paterfamilias*.

Ahora bien, a la muerte del padre solía continuar una comunidad familiar formada por el lazo que unía a los que habían estado bajo la patria potestad del *paterfamilias* común. Es la llamada *familia communi iure*.

TEMA 3. CAPITIS DEMINUTIO

1. Concepto y clases

La pérdida de la libertad, o de la ciudadanía, o de la posición que se ocupa en la familia es designada por los clásicos con la expresión *capitis deminutio*. La *capitis deminutio* se distingue en tres clases: máxima, media y mínima, según implique la pérdida de la libertad, de la ciudadanía o de la posición familiar.

Las *capitis deminutiones maxima* y *media* llevan aparejado un empeoramiento de la condición jurídica, pero no tanto puede decirse de la *minima*. La *capitis deminutio*, que debemos traducir por pérdida del *status*, puede no significar ni una extinción ni una disminución de la capacidad jurídica, sino todo lo contrario: la adquisición de ésta en su plenitud. Tal ocurre cuando se emancipa a un hijo, convirtiéndole de *alieni iuris* en *sui iuris*.

La pérdida del *status familiae* que se tenía, implica la ruptura del vínculo familiar con todas sus consecuencias. En época histórica, la pérdida del *status familiae* (*capitis deminutio minima*) puede seguir significando una muerte en relación con la familia *proprio iure*, pero el *capite deminutius* comienza una nueva vida en otra familia.

2. Efectos

2.1 *Capitis deminutio maxima*

Lleva aparejada, además de la pérdida de la libertad, la de la ciudadanía y la de la familia. Destruída plenamente la personalidad jurídica, los derechos patrimoniales del *capite minutus* son adquiridos, o por el Estado, si la pérdida de la libertad se funda en título de pena, o por los acreedores, si el deudor es vendido *trans Tiberium*, o por aquel en quien recae la condición de *dominus*. No son objeto de adquisición los derechos de usufructo y análogos pues se extinguen irrevocablemente.

En relación con el romano que cae prisionero del enemigo, rigen principios especiales. Al frente de sus bienes es puesto un *curator*, que ejerce las funciones guardadoras hasta que sobrevenga el retorno, o bien hasta que se tenga constatación de su muerte.

2.2 *Capitis deminutio media*

Lleva consigo la pérdida de la capacidad civil y, consiguientemente, de la familia. Los derechos patrimoniales siguen vinculados al mismo sujeto, pero su situación no se regula ya por ley romana, sino por la de la nueva ciudad a la que se incorpora, o bien por las normas del *ius gentium*. En cuanto a las deudas, el Pretor confiere a los acreedores la posesión de los bienes (*missio in possessionem*) del deudor, facultándoles para enajenarlos y satisfacerse así con el precio de la venta.

2.3 *Capitis deminutio minima*

Acarrea la pérdida del *ius agnationis*, con todas sus consecuencias en los órdenes familia y sucesorio. El *adrogatus* y la mujer *sui iuris conventa in manum* pierden su patrimonio, que pasa al poder del *paterfamilias* bajo cuya *potestas* se colocan. Ciertos derechos patrimoniales de carácter puramente personal se extinguen definitivamente sin que respecto de ellos proceda ninguna adquisición.

TEMA 4. PERSONAS JURIDICAS

1. Ideas generales

En el sistema moderno de la ciencia del Derecho es fundamental la contraposición entre sujeto y objeto de Derecho. Ahora bien, sujeto de Derecho no es sólo la persona individual sino también ciertas agrupaciones de personas o de bienes, que el Ordenamiento jurídico eleva a unidad.

Sujeto de Derecho:

a) Persona física: el hombre.

b) Personas jurídicas:

! Corporaciones y asociaciones: agrupaciones de personas, que son consideradas por el Ordenamiento jurídico como unidad.

! Fundaciones: agregaciones de bienes, consideradas por el Ordenamiento jurídico como una unidad, por estar adscritos a una finalidad.

2. Corporaciones

Las corporaciones son agrupaciones de personas, de carácter necesario o voluntario, que tienen una finalidad permanente, y a las que el ordenamiento jurídico considera como una unidad. El régimen jurídico de las corporaciones se nos ofrece como algo uniforme.

a) El Estado:

Estado es la colectividad organizada de ciudadanos. Las relaciones en que interviene el Estado romano, dada su soberanía, adquieren un matiz especial. Así el Estado romano se rige por el *ius publicum* y no por el *ius privatorum*.

En el Principado la aparición de la figura del *princeps* como primer ciudadano romano determina que se puede contraponer, con toda claridad, *populus Romanus* y *princeps*, por un lado, y *aerarium populi Romani* y *fiscus Caesaris*, por otro. El *aerarium populi Romani* es la caja estatal el patrimonio del Estado, en tanto que el fisco es el patrimonio del *princeps*. De todos modos, hay que señalar en el fisco una evolución: primero es simplemente el patrimonio privado del *princeps* y luego es el patrimonio que tiene el *princeps* como tal y que se distingue de su patrimonio particular (*patrimonium Caesaris*)

b) Municipios y colonias:

Cuanto mayor sea el grado de autonomía que se concede a una comunidad, tanto mayor es su aproximación a las reglas del Derecho Público, en tanto que los *municipia*, carentes de autonomía, se aproximan en ciertos aspectos al Derecho Privado. Así el municipio puede tener cosas en propiedad, ser acreedor y deudor.

c) *Collegia, corpora, solitates*:

Son los nombres que los romanos emplean para designar las múltiples asociaciones de carácter privado, que se constituyen en Roma con las más diversas finalidades: finalidades de tipo religioso, de profesionales, entre los que tienen un mismo oficio; funeraria; de ocio y esparcimiento; o incluso, cuando se permiten, asociaciones de carácter político.

La libertad de asociación está ya reconocida por la Ley de las XII Tablas con el límite del orden público. Esta libertad se mantiene hasta fines de la República en que el riesgo de politización de las asociaciones lleva, primero a Cesar y luego a Augusto, a disolver una pluralidad de *collegia*. Para la constitución de nuevos *collegia* se exige siempre autorización.

Hay un Edicto pretorio, referente a los *municipia*, que regula su representación procesal. Marco Aurelio concede a todos los *collegia* autorizados la facultad de manumitir sus propios esclavos. Un senadoconsulto establece la posibilidad de legar a los *collegia*. El *collegium* tiene cosas comunes, arca común y un actor o síndico, a través del que ejercita sus acciones.

3. Fundaciones

La fundación es un patrimonio adscrito a una finalidad, al que el Ordenamiento jurídico dota de personalidad jurídica. Al igual que un patrimonio pertenece a una persona, un patrimonio puede pertenecer a una finalidad.

Los romanos no conocen la construcción jurídica moderna de la fundación. Hay, por supuesto, finalidades de interés público y personas físicas dispuestas a atenderlas. Pero los expedientes jurídicos que se utilizan son otros.

Una institución típica romana la encontramos en las fundaciones alimentarias. La finalidad económico-social que se persigue es atender a las necesidades de los niños de familias pobres en un municipio determinado.

FAMILIA

TEMA 1. EL MATRIMONIO

1. Concepto del matrimonio

El matrimonio es un estado, una situación socialmente reconocida. Esto explica la vinculación entre matrimonio y Derecho, por una parte, y matrimonio y Religión, por otra, no sea en Derecho romano tan viva como hoy día. Lo esencial es la ética social en que se basa el matrimonio como situación de hecho. Por eso los romanos se fijan en el *honor maritalis* y en la *affectio*, para sopesar si en un caso dado existe o no matrimonio.

Una definición, atribuida a Modestino, resume eficazmente la concepción realista del matrimonio romano: "el matrimonio es la unión de varón y mujer consorcio de toda la vida, comunicación de Derecho divino y humano"

Por tanto, el matrimonio es la unión de dos personas de distinto sexo con la intención de ser marido y mujer. El matrimonio es una situación necesaria, una convivencia efectiva: el matrimonio existe aunque los cónyuges no habiten en la misma casa, y siempre y cuando uno y otro se guarden la consideración y respeto debidos (*honor matrimonii*) Otra prueba de que la convivencia no se interpreta en sentido material, sino ético, nos la da el hecho de que el matrimonio puede contraerse en ausencia del marido, entrando la mujer en casa de éste y dando así comienzo a la vida en común. No hay matrimonio si la ausente es la mujer.

El matrimonio romano es una institución del *ius civile* y, como tal, propia de los ciudadanos romanos. Matrimonio legítimo lo era únicamente el contraído por ciudadanos romanos y sólo los hijos habidos en tal matrimonio estaban sometidos a la *patria potestas* del padre y sólo ellos podían ser *sui heredes*.

2. Requisitos e impedimentos

2.1 Requisitos

- Capacidad natural: la madurez sexual presupone haber llegado a la pubertad. Para determinar la pubertad los sabinianos propusieron la *inspectio corporum*, en tanto que los proculeyanos se fijaban, de manera general, en los catorce años para varones y doce años para hembras.

Según el Derecho justiniano los eunucos tampoco pueden contraer matrimonio. En cambio, no se prohíbe el matrimonio en casos menos evidentes de impotencia.

– Capacidad jurídica (*conubium*): la capacidad jurídica, llamada por los romanos, *conubium*, supone que ambos cónyuges están en posesión del *status libertatis* y del *status civitatis*. Los romanos no reconocen como matrimonio una relación sexual estable entre esclavos (*contubernium*)

El *matrimonium* es una institución del *ius civile*, sólo accesible a ciudadanos romanos. Excepcionalmente, se puede conceder el *conubium*, o derecho a contraer matrimonio, a extranjeros.

– Consentimiento: es requisito indispensable el consentimiento de los cónyuges. Este consentimiento ha de ser duradero (*affectio maritalis*) y se manifiesta en la recíproca voluntad de los cónyuges de permanecer juntos en matrimonio.

Si los contrayentes están bajo la patria potestad, entonces es necesario también el consentimiento del *paterfamilias*. Este consentimiento es meramente inicial y la tendencia es a ir perdiendo importancia.

2.2 Impedimentos

Los impedimentos pueden ser absolutos o relativos. Los absolutos le prohíben el matrimonio con cualquier persona; mientras que los relativos lo impiden con determinadas personas.

– Impedimentos absolutos:

! matrimonio precedente todavía no disuelto.

! esclavitud de uno de los cónyuges.

! voto de castidad y las órdenes mayores, en el Derecho nuevo.

– Impedimentos relativos:

! parentesco: en la línea colateral el matrimonio está prohibido hasta el tercer grado: así se prohíbe el matrimonio entre hermanos o entre tío/a y sobrina/o.

El parentesco de adopción también es un impedimento, aunque cesa cuando se produce la emancipación.

! el parentesco espiritual prohíbe el matrimonio entre padrino y ahijada.

! la afinidad prohíbe el matrimonio entre suegra y yerno, suegro y nuera, padrastro e hijastra, madrastra e hijastro.

! se prohíbe el matrimonio de la adúltera con su cómplice, y del raptor con la robada.

! se prohíbe el matrimonio de la viuda antes de que transcurran diez meses desde la muerte de su marido.

3. Esponsales

Las sponsales son una promesa recíproca de futuro matrimonio. El nombre *sponsalia* procede de la forma *sponsio*, promesa formal, que servía para su conclusión. Es posible que en un principio esta promesa se realizara entre el padre de la novia y el futuro contrayente, pero, en todo caso, el papel de la novia no debió ser simplemente pasivo. En todo caso, sabemos que las comunidades latinas mantuvieron ese régimen hasta el año 90 a. C.

En la época clásica no era ya necesaria una forma especial para los sponsales. Además, en todo momento se podía romper el compromiso.

En cambio, en el Derecho posclásico los rescriptos introducen la práctica de las *arrahae sponsaliciae*, que son cantidades que los prometidos intercambian entre ellos. La parte que rompe la promesa de sponsales debe restituir dobladas las arras de la otra parte y él mismo pierde las que entregó.

Las sponsales se disuelven por la muerte, por sobrevenir un impedimento opuesto al matrimonio, por el mutuo disenso y por la simple manifestación de voluntad de uno de los novios (*repudium*)

4. Celebración del matrimonio y adquisición de la *manus* sobre la mujer

Siendo el matrimonio romano una situación de hecho, no se puede hablar de una celebración del matrimonio. Lo que hay es una porción de actos sociales, que inician la convivencia conyugal. El más notable de esos actos es la *deductio in domum mariti*, es decir, el acto de llevar el novio a casa de la novia, lo cual se suele realizar en comitiva. También es muy importante la constitución de la dote, que indica palmariamente la existencia del *honor matrimonii*. Pero estos actos no son imprescindibles.

Tampoco hay que confundir los actos que tienden a hacer adquirir al marido *manus* sobre la mujer con la celebración del matrimonio. En principio la regla general era la de la adquisición de la *manus* sobre la mujer, pero en época avanzada se pasa al matrimonio *sine manu*.

Existen tres formas de adquisición de la *manus* sobre la mujer:

a) *Confarreatio*:

Esta es una forma de carácter sacral de adquisición de la *manus* y que, probablemente, se reservaba a los patricios. La ceremonia consistía en la ofrenda a Júpiter de un pan de espelta (*panis farreus*), que se cocía conjuntamente en presencia de dos sacerdotes y diez testigos.

b) *Coemptio*:

Esta es una aplicación de la *mancipatio* al Derecho de familia. Esta *mancipatio* es una compraventa ficticia, que con una cláusula adecuada provoca el traspaso de la potestad que el *paterfamilias* tiene sobre la mujer a la *manus* del marido.

c) *Manus*:

La *manus* sobre la mujer se puede adquirir también mediante *usus*, es decir, por su ejercicio continuado a lo largo de un año. Este ejercicio continuado de la *manus* sobre la mujer durante el año provoca su adquisición. De todos modos, se podía evitar esta consecuencia ausentándose la mujer durante tres noches consecutivas de la casa del marido (*usurpatio trinoctii*) En tal caso, no hay, pues, adquisición de la *manus* por *usus*.

5. Legislación matrimonial de Augusto

Augusto se encontró con un grave problema demográfico, así trató de solucionarlo con una legislación matrimonial. Esta labor legislativa se encuadra, pues, dentro del marco de toda una política demográfica.

Las leyes matrimoniales de Augusto son, fundamentalmente, la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, y la *lex Papia Poppaea nuptialis*.

Las leyes de Augusto establecen una obligación general de contraer matrimonio para todos los romanos comprendidos entre los veinticinco y los sesenta años y para las romanas entre veinte y cincuenta años. Disuelto el matrimonio por divorcio, toca al hombre casarse inmediatamente; a la mujer según sea divorciada o viuda, se le conceden, respectivamente, plazos de dieciocho meses y de dos años.

Además, la *lex Papia Poppaea* desea que estos matrimonios sean fecundos: no menos de tres hijos para el matrimonio de ingenuos, y cuatro para el matrimonio de libertos. Ni siquiera la viudedad o el divorcio eximían de estas obligaciones. A los que cumplían se les otorgaba determinadas ventajas: es causa de exención de determinados *munera*; la mujer quedaba exenta de tutela; etc.

6. La disolución del matrimonio

El matrimonio se disuelve por una de las causas siguientes:

- Muerte de uno de los cónyuges.
- *Capitis deminutio maxima*: si el ciudadano cae prisionero del enemigo se convierte en esclavo, lo que provoca una disolución del matrimonio. Ahora bien, si escapa del cautiverio y vuelve a Roma, recupera todos sus derechos con excepción de la posesión y el matrimonio. Aquí lo que sucede es una nueva situación de hecho con *honor matrimonii* y *affectio maritalis*; es decir, se trata ya de un nuevo matrimonio. Evidentemente, la mujer del romano cautivo podía iniciar un nuevo matrimonio con otro, sin esperar a que el marido volviera o no.
- *Capitis deminutio media*: el caso típico es el de la deportatio, que conlleva la pérdida de la ciudadanía romana. Así se extingue también el matrimonio.
- *Capitis deminutio minima*: la adopción del yerno o de la nuera implica la disolución del matrimonio, ya que los cónyuges mediante este acto se convierten en hermanos.

El caso más importante de disolución del matrimonio lo constituye el divorcio. La propia naturaleza del matrimonio romano implicaba su disolución por cese de la *affectio maritalis*, es decir, el matrimonio se disolvía cuando terminaba la intención de ser marido y mujer. El divorcio en el Derecho romano clásico no requiere forma alguna; lo que hay es que la conciencia social hubiera desaprobado un divorcio infundado. Finalmente los cónyuges podían excluir de antemano la posibilidad del divorcio.

En Derecho justiniano, el divorcio se produce mediante declaración oral o escrita, comunicada al otro cónyuge en presencia de testigos. Por otra parte, aparece un régimen de justas causas que da lugar a los siguientes tipos de divorcio:

- *divortium ex iusta causa*: existe una justa causa que da base al divorcio (adulterio de la mujer) Son justa causa: la maquinación o conjura contra el emperador; el adulterio declarado de la mujer; las malas costumbres de la mujer; el alejamiento de la casa del marido; las insidias al otro cónyuge; la falsa acusación de adulterio por parte del marido; el lenocinio atentado por el marido; el comercio asiduo del marido con otra mujer, dentro o fuera del hogar conyugal.
- *divortium bona gratia*: por causa que no deriva de culpa de ninguno de los cónyuges (impotencia sobrevenida, cautiverio de guerra, etc.)
- *divortium sine causa*: divorcio arbitrario que arranca de uno de los cónyuges sin base en una justa causa.

- *divortium communi consensu*: no hay *iusta causa* pero sí acuerdo entre los cónyuges para disolver el matrimonio.

7. Concubinato

El concubinato es una unión estable entre un hombre y una mujer pero que carece de *affectio maritalis* y de *honor matrimonii*. La prole nacida de tal unión no tiene la consideración de legítima y, sobre todo, no cae bajo la *patria potestas* del *paterfamilias*.

Las leyes matrimoniales de Augusto prohíben el matrimonio con mujeres tachadas y declaró ilícita la unión extraconyugal con mujeres de baja condición social.

Posteriormente, Justiniano otorga trato favorable al concubinato, elevándolo a la categoría de matrimonio morganático (de condición inferior) para irlo equiparándolo al matrimonio legítimo. Abolidas las prohibiciones de Augusto, el concubinato es ahora la unión estable con mujer de cualquier condición, sin *affectio maritalis*. A la vez, se desarrolló un nuevo procedimiento de legitimación, por carta de gracia (*per rescriptum principis*), para los casos en que no fuera posible contraer matrimonio.

TEMA 2. REGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO

1. Relaciones patrimoniales entre cónyuges

El régimen de bienes del matrimonio romano se encuentra todo él dominado por la concepción fundamental de la *manus*. Los romanos llaman *manus* al poder marital, y cuando esta se adquiere no significa que ésta tenga capacidad patrimonial. En realidad, lo corriente era que se hiciera una aportación al matrimonio, llamada dote para compensar a la mujer de la pérdida de sus derechos sucesorios en la familia de origen. Por otra parte, la pérdida de derechos sucesorios en su familia de origen se veía compensada con la adquisición del derecho a suceder en la familia del marido.

En el curso histórico del Derecho romano se distinguen tres regímenes matrimoniales de bienes: un régimen de absorción propio del matrimonio que se acompaña de la *manus*; un régimen de separación en el matrimonio libre; y el régimen dotal.

- Régimen de absorción de bienes: si el matrimonio va acompañado del ejercicio de la *manus* sobre la mujer, los bienes de ésta pasan a engrosar al patrimonio del marido. De igual modo, se hacen del marido los bienes que por cualquier título adquiriera la mujer durante el matrimonio.
- Régimen de separación de bienes: tratándose del matrimonio libre, conserva la cantidad de los bienes llevados al matrimonio, así como hace suyos los adquiridos durante él por herencia, legado, donación, etc. Tales bienes pueden ser administrados por la propia mujer, la cual, dispone de ellos con entera libertad. Cabe que los confíe en administración a su marido, hablándose entonces de bienes extradotales o parafernales. En cuanto a los bienes parafernales, el marido actúa como simple mandatario, debiendo atenerse en todo a las instrucciones dadas por la mujer. Si hace un uso no autorizado por ésta, queda responsable de la pérdida que pueda acaecer. Disuelto el matrimonio, el marido se ve obligado a restituir los bienes parafernales. Dispone la mujer, a tal respecto, de la *rei vindicatio*, o de la *condictio*, si los bienes fueron entregados al marido de suerte que éste adquiriese la propiedad, o de la acción correspondiente a la particular relación contractual que haya mediado entre una y otro. En cuanto a los bienes parafernales, el marido actúa como simple mandatario, debiendo atenerse en todo a las instrucciones dadas por la mujer. Si hace un uso no autorizado por ésta, queda responsable de la pérdida que pueda acaecer. Disuelto el matrimonio, el marido se ve obligado a restituir los bienes parafernales. Dispone la mujer, a tal respecto, de la *rei vindicatio*, o de la *condictio*, si los bienes fueron entregados al marido de suerte que éste adquiriese la propiedad, o de la acción correspondiente a la particular relación contractual que haya mediado entre una y otro.

- Régimen dotal: éste necesita de una explicación más amplia.

2. Régimen dotal

Dote es el conjunto de bienes o cosas singulares que la mujer o un tercero en su nombre, entrega al marido para ayudar a sostener las cargas matrimoniales.

Aunque la dote surge, probablemente, en el matrimonio con *manus*, como una compensación anticipada a la mujer de la pérdida de sus derechos sucesorios en la familia de origen, muy pronto se extiende al matrimonio sin *manus*, donde toma el carácter de una ayuda para sostener las cargas matrimoniales. De todos modos, hay una unidad de régimen y en las fuentes cuando se habla de dote no se suele especificar si se trata de matrimonio *sine manu* o *cum manu*.

El marido se hace propietario de la dote. En el matrimonio con *manus* es evidente puesto que la mujer al estar sometida a la *manus* carece de capacidad patrimonial. Ahora bien, la misma regla se aplica al matrimonio *sine manu*, pasando, por tanto, también la propiedad de los bienes dotales al marido. Lo que hay es que se trata de una propiedad funcional, es decir la dote tiene una función que cumplir en la familia, y la propiedad del marido sobre la dote sólo se mantiene mientras exista esa función. Cuando desaparece esa función hay que restituir la dote a la mujer o a sus herederos. Cuando el divorcio se puso a la orden del día, entró en la práctica la costumbre de que el marido prometiese al constituyente, mediante convención estipulatoria, la restitución de la dote, para el caso de que se disolviera el matrimonio. De tal promesa estipulatoria nacía la *actio ex stipulatu*.

En los primeros tiempos, la constitución de dote era un deber moral, o mejor aún, una cuestión de honor para los parientes de la mujer. De un deber jurídico, de una obligación legal de dotar, no puede hablarse hasta la época posclásica, y quizás hasta Justiniano.

En el Derecho justiniano tal obligación recae sobre el padre y, en casos excepcionales, sobre la madre.

Se distinguen la dote *profecticia* y la dote *adventicia*. La *dos profecticia* es la constituida por el *paterfamilias* de la mujer. *Dos adventicia*, en cambio, es la constituida por cualquier otra persona (hermano, tío, etc.), incluida la mujer misma.

3. Constitución de la dote

En el Derecho clásico hay tres formas de constitución de la dote: *dotis datio*, *dotis promissio*, *dotis dictio*.

a) *Dotis datio*:

Esta es la forma de constitución real, y se cumple a través de los oportunos y acostumbrados modos de transmisión. Consiste en una transmisión de la propiedad de los bienes dotales, utilizando para ello la forma adecuada: *mancipatio* o *in iure cessio*, para las *res Mancipi*; *traditio*, para las *res nec Mancipi*. La transmisión de la propiedad tenía lugar automáticamente, aunque no se hubiera celebrado aún el matrimonio. Pero si éste no llegaba a celebrarse el marido debía restituir los bienes dotales, para evitar un enriquecimiento injustificado a costa de la mujer. Para reclamar la restitución disponía de una *condictio*.

b) *Dotis promissio*:

Esta forma parte de las constituciones obligatorias. La *dotis promissio* es una promesa de dote hecha en forma de *stipulatio*, que obligaba a transmitir los bienes dotales. Esta dote suele constituirse al igual que la *dotis datio* antes del matrimonio, aunque también puede constituirse después.

c) *Dotis dictio*:

La *dotis dictio* es la constitución obligatoria típica, y se sustancia en una declaración solemne del constituyente, que sólo puede ser la mujer misma, si es *sui iuris*, o el padre, o el abuelo paterno, o un deudor de la mujer que intervenga por mandato de ésta. Era una promesa unilateral de constitución de la dote. Este tipo de constitución de la dote no puede darse una vez celebrado el matrimonio; sólo puede constituirse antes del matrimonio.

En el Derecho posclásico caen en desuso los negocios formales (*mancipatio, in iure cessio, stipulatio*) Por ello, Teodosio II y Valentiniano III permiten la constitución de la dote con una promesa simple (*pollicitatio dotis*), que no tenía ni las formalidades de la *dotis dictio*, ni la de la *promissio dotis*. Con Justiniano estas promesas de dote no formales alcanzan carácter general.

4. La dote durante el matrimonio

La dote, jurídicamente considerada, pertenece en propiedad al marido, o al que ejerce sobre él, si es *filius*, la *patria potestas*. Conferida en propiedad al marido o a su *paterfamilias*, se entiende siempre que es al primero de éstos a quien se otorga, y con miras a una finalidad que se explica por razón del matrimonio. La dote, en cuanto capital debe ser conservada intacta por el marido, que hace suyos los frutos. El marido no pasa de ser un mero usufructuario, al modo que lo es el padre de los bienes de los hijos.

5. Restitución de la dote

Disuelto el matrimonio, es obligada la restitución de la dote. A tal fin, existen en la época clásica dos acciones: la *actio ex stipulatu*, si media promesa restitutoria del marido, en la forma de la *stipulatio*, y la *actio rei uxoriae*, si no se ha celebrado ésta.

a) Derecho clásico:

- la *actio ex stipulatu* sólo permite reclamar la taxativamente lo convenido, salvo que se haya estipulado la restitución de todo aquello que se deba según Ley. Respondía al supuesto de que las partes hubieran previsto ya de antemano la posibilidad de disolución del matrimonio, y hubieran celebrado a tal efecto una *stipulatio*, o promesa formal de restitución de la dote.
- la *actio rei uxoriae* aparece para los casos en que las partes no hayan estipulado nada previamente. Consiste en una obligación legal de restituir, con independencia de cualquier convención, que se introdujo a comienzos del siglo VII de Roma. Esta acción contenía la cláusula *quod melius aequius erit* > lo que sea mejor y más equitativo, es decir, que era una acción basada en la equidad y en la buena fe, y que dejaba un margen al arbitrio judicial.

La diferencia entre la *actio rei uxoriae* y la *actio ex stipulatu* estriba en el contenido de la restitución; así, mientras que la *actio ex stipulatu* tendía pura y simplemente a la restitución de la dote, la *actio rei uxoriae* permitía una porción de matizaciones a la hora de determinar el contenido de la restitución. Aquí hay que distinguir tres casos:

- *retentio propter liberos*.– cuando el matrimonio se disuelve por muerte de la mujer, el marido tiene derecho a retener 1/5 por cada hijo; si se disuelve por divorcio, y siempre que éste se deba a culpa de la mujer o del padre bajo cuya potestad se encuentra, puede retener 1/6 por cada hijo, sin que nunca excedan de 3/6.
- *retentio propter more*.– por las inmoralidades graves (*graviore moris*), se retiene 1/6, y 1/8 por las leves (*leviores moris*) Es inmoralidad grave el adulterio; leve, todo lo demás
- si el matrimonio se disolvía por muerte del marido, los herederos de éste tenían que restituir la dote, sin poder hacer las correspondientes retenciones.

b) Derecho Justiniano:

Justiniano introduce notables modificaciones en materia de dote y sobre todo, por lo que respecta a la obligación de restituir. La dote debe ser restituida por el marido o sus herederos, a la mujer o a sus herederos. Sobre los últimos tiene preferencia el *paterfamilias* constituyente siempre que se trate de la dote *profecticia*, y sobreviva él a la disolución del matrimonio. El marido sólo puede lucrar la dote cuando se ha concluido un pacto especial en el momento de constituirla.

- el marido deja de ser considerado propietario de la dote durante el matrimonio, pasando a ser un mero usufructuario *ex lege*.
- en cuanto a la restitución de la dote, Justiniano refunde las dos acciones *ex stipulatu* y la *actio rei uxoriae* en una sola.

TEMA 3. LA PATRIA POTESTAS

1. Conceptos fundamentales

Los conceptos fundamentales del Derecho arcaico aparecen dominados por la estructura agnaticia de la familia romana. El poder del *paterfamilias* se nos muestra con un carácter absoluto y unitario, extendiéndose, al principio, por igual sobre personas y cosas. Cuando este poder recae sobre la mujer da lugar a la *manus*, y cuando recae sobre los hijos da lugar a la *patria potestas*. Este poder que recae sobre los hijos tiene un carácter tan absoluto que va a mostrar los rasgos de su arcaísmo.

El Derecho arcaico ofrece una gama de facultades del *paterfamilias* que se van a mantener hasta la época del principado.

- *Ius vitae necisque*: el *paterfamilias* tiene el derecho de vida y muerte sobre los hijos, es decir, puede matar al hijo que haya cometido delitos graves.
- *Ius vendendi*: el *paterfamilias* puede vender al hijo y esta venta tiene distintos efectos según se haga fuera o dentro de Roma. Fuera de Roma (*trans Tiberim*) provoca la caída del hijo en la esclavitud, y por supuesto, si el hijo vuelve a Roma no recupera la libertad, ni la ciudadanía. En cambio, vendido en Roma, el hijo cae en la situación de cuasiesclavitud; el poder del *paterfamilias* queda como latente y renace tan pronto como el adquiriente emancipa al hijo de su potestad.
- *Ius noxae*: cuando el hijo de familia cometía un delito, el padre podía, a su elección, asumir la responsabilidad o liberarse de ella, simplemente entregando el autor del delito a la víctima.

El Derecho clásico acusa una notable pervivencia de todas estas excepciones arcaicas debido, en parte, al conservadurismo de los romanos, que prefiere transformar las instituciones en vez de suprimirlas. Esta intervención tiene lugar por la vía de la *cognitio extra ordinem*; por una parte, se limitan los posibles abusos de la patria potestad; por otra, el padre tiene ya la posibilidad de dirigirse a los poderes públicos para obtener el castigo del hijo. Trajano, en la época imperial, permite la emancipación del hijo maltratado por el padre y Adriano castiga con la *deportatio in insulam* la muerte injustificada del hijo.

En la época posclásica Valentiniano I deroga el *ius vitae necisque* y Justiniano limita severamente la venta del hijo.

2. Situación patrimonial del *filiusfamilias*

En la familia romana sólo el *paterfamilias* tiene capacidad patrimonial. El *filiusfamilias*, en virtud de su sometimiento a la *potestas* del *pater*, no tiene ninguna capacidad patrimonial. Así, no puede ser propietario y todas las adquisiciones que realiza revierten en beneficio del *pater*.

Estos principios sufren una atenuación con la intuición de los peculios. *Peculium* es una porción de bienes o dinero que el *pater* concede al *filius* con carácter libremente revocable. El *filius* no es, propietario del peculio, sino un mero administrador. A la muerte del *filius* el peculio vuelve necesariamente al *pater*. A este peculio se le llama en las fuentes *peculium profecticiu*.

En la época imperial asistimos a un desarrollo del régimen de los peculios, caracterizado por ser irrevocable y por su progresiva autonomía frente al *pater*. El punto de partida de esta evolución lo constituyó el *peculium castrense*, formado por los bienes que el hijo adquiriría en el servicio militar. Augusto permitió que el hijo dispusiera *mortis causa* de este peculio. La única limitación la constituyó el caso siguiente: cuando el hijo moría sin dejar testamento el peculio pasaba a manos del *pater*.

Justiniano generaliza todas estas normas: para él *peculium* es el auténtico patrimonio del *filiusfamilias*, el cual, en este sentido, ve reconocida su capacidad patrimonial.

3. Adquisición y extinción de la *patria potestas*

3.1 Causas naturales

El efecto fundamental del *iustum matrimonium* es que los hijos habidos en él caen bajo la *potestas* del *pater*. Esta *patria potestas* es tendencialmente perpetua: no se extingue con la llegada del hijo a una determinada edad, sino que puede perdurar perfectamente hasta la muerte del *pater*. Cuando muere el *paterfamilias* se constituyen tantas familias cuantos sean los hijos que deja y los hijos varones pasan a su vez a tener la *patria potestas* sobre sus descendientes.

3.2 Por acto jurídico

Del mismo modo que la *confarreatio*, la *coemptio* y el *usus* provocan la adquisición de la *manus* sobre la mujer, la adopción determina la adquisición de la *patria potestas* sobre un tercero. La adopción no es para los antiguos un asunto puramente privado, sino un acontecimiento que interesa a toda la comunidad. En Roma se dan dos tipos de adopción: la *adrogatio*, que es la adopción de persona *sui iuris*, y la *adoptio*, cuando se adopta una persona *alieni iuris*. De este modo la *adoptio* supone, por un lado, la extinción de la *patria potestas* por un nuevo *paterfamilias*.

a) *Adrogatio*:

Es un acto jurídico por el cual se adopta a una persona *sui iuris*. Se celebraba ante los comicios curiados, a iniciativa del *pontifex maximus*, y requería no sólo el consentimiento de arrogante y arrogado, sino también el asentimiento del pueblo, estructurado en treinta curias (*adrogatio per populum*)

El Derecho imperial crea, además, la *adrogatio per rescriptum principis*, con el fin de extender la posibilidad de este tipo de adopción a las provincias (donde, por no existir comicios, no era posible la *adrogatio comicial*)

Los efectos de la *adrogatio* son que el nuevo *paterfamilias* adquiere en bloque los bienes del arrogado. El arrogante no responde de las deudas contraídas por el arrogado, a no ser que se trate de deudas hereditarias.

Desde antiguo la *adrogatio* está sujeta a requisitos muy precisos y seguros, se trató de evitar que el arrogante no hiciese de la *adrogatio* objeto de especulación. Las medidas son: en caso de emancipación el arrogante debe restituir el patrimonio al arrogado; en caso de emancipación injusta o de que le desherede, el arrogado tiene derecho a 1/4 de los bienes del arrogante; el arrogante debe restituir el patrimonio a los herederos que hubiera tenido el arrogado, de haber muerto *sui iuris*.

b) *Adoptio*:

Es la adopción de una persona *alieni iuris*. El expediente utilizado al efecto fue una creación de la jurisprudencia pontifical, que se basó en una interpretación del precepto de las XII Tablas, según el cual si un padre vendía a su hijo tres veces consecutivas, el hijo quedaba libre de la potestad del padre. De este modo se extinguía la *patria potestas* anterior. Ahora de lo que se trataba era de constituir una nueva *patria potestas*. A tal efecto, el adoptante reivindicaba al adoptado ante magistrado; el *paterfamilias* antiguo no contradecía y el pretor, basándose en el principio del que calla otorga, atribuye ya, sin más, la *patria potestas* al adoptante.

Justiniano distingue dos clases de *adoptio*: la *adoptio plena* y la *adoptio minus plena*. La primera es hecha por un ascendiente del adoptado, y produce los mismos efectos que la clásica, en términos que el *filius* se desliga totalmente de su familia originaria, para hacerse miembro de la nueva familia; la segunda deja al adoptado bajo la patria potestad de su padre natural, y sólo le otorga un derecho de sucesión legítima sobre los bienes del adoptante. Puesto que la *adoptio minus plena* no confiere la patria potestad, se permite que las mujeres puedan adoptar, para consuelo de la pérdida de sus hijos.

c) *Emancipatio*:

Es un modo de salir de la *patria potestas*. Es un acto de liberación de la *patria potestas*, según la propia voluntad del *pater*, y de conformidad con el procedimiento creado por la jurisprudencia pontifical para llevar a cabo la adopción. El medio jurídico utilizado se basó en la norma ya citada de las XII Tablas sobre la triple venta del hijo. Al producirse ésta, el hijo quedaba liberado de la *potestas* del padre. Justiniano derogó esta forma de emancipación, sustituyéndola por una declaración del padre ante el juez competente en presencia del hijo, que daba también su asentimiento.

Otros medios de extinción de la *patria potestas* son:

- muerte o *capitis deminutio (maxima o media)* del que ejerce la *patria potestas*
- *capitis deminutio (maxima o media)* del *filius*
- emancipación
- entrada en el sacerdocio en la época pagana, y acceso a la dignidad del obispo, en el Derecho cristiano
- nombramiento de cónsul, prefecto del pretorio; exposición del hijo y prostitución de la hija
- celebración de un matrimonio incestuoso por parte del padre.

TEMA 4. LA TUTELA Y CURATELA

1. Tutela de los impúberes

Un texto de Paulo nos ha conservado la siguiente definición de tutela del jurista republicano Servio Sulpicio:

La tutela es un poder y potestad sobre una persona libre, otorgado y permitido por el Derecho civil, para proteger a la persona que por su edad no puede defenderse por sí misma.

La tutela de los impúberes es, pues, una institución del *ius civile* que tiene una función tuitiva: proteger a las personas que no estando bajo la *patria potestas* no se pueden defender por sí mismas.

1.1 Tipos de tutela, atendiendo al nombramiento del tutor:

- Tutela legítima: es la deferida a falta de tutor testamentario, de acuerdo con el orden de llamamientos que rige en materia de sucesión ab intestato. Es la tutela que procede de la Ley. Las XII Tablas confieren la tutela al más próximo pariente en línea masculina, y, en su defecto, a los gentiles (integrantes del grupo familiar más amplio) Desaparecida luego la clase de los gentiles, el llamado a tutela legítima, en el curso de la época clásica, no es otro que el *adgnatus proximus* (persona que se

encontró algún día bajo la *patria potestas* de un *paterfamilias* común)

- Tutela testamentaria: es la que establece el *pater* en su testamento para sus hijos impúberes, que a su muerte se convertirán en *sui iuris*. También se admite el nombramiento de tutores a los póstumos, siempre que naciendo en vida del *pater*, entren bajo su *potestas*.
- Tutela dativa: es una forma más reciente, establecida por la *lex Atilia*, para atender a los casos en que faltase al impúber el tutor testamentario y el tutor legítimo. Así el nombramiento del tutor se hace por el pretor urbano, es el magistrado el que nombra el tutor. Según el Derecho justiniano, son competentes para designar tutor el *praefectus urbi* o el pretor, en la capital, y en las provincias los presidentes de las mismas o bien los magistrados locales y los obispos, si no son muchos los bienes del pupilo.

1.2 Función del tutor

La función primordial del tutor no es cuidar de la persona del pupilo, sino más bien de la administración de su patrimonio. Las funciones del tutor se resumen en la *auctoritatis interpositio* y en la *gestio* del patrimonio pupilar. La intervención del tutor en los negocios del menor sigue sus cauces diversos según se trate de impúberes que hayan rebasado la infancia o de *infantes*.

Si el pupilo ha salido de la infancia, el tutor, presente en el acto o negocio del que se trate, le presta su asentimiento. El tutor complementa la deficiente capacidad del impúber, o lo que es lo mismo, le capacita para actuar. Sin embargo, los actos realizados por el *impuber infantia maior* sin la asistencia del tutor son válidos en la parte que importan ganancia y nulos en la desfavorable. Así el negocio realizado sin su asentimiento, sólo valen parcialmente, en lo que le favorece al menor.

En cambio, el propio pupilo *infantia maior* puede realizar sin necesidad de asentimiento del tutor (*auctoritatis interpositio*) todos aquellos negocios que signifiquen una adquisición, sin contrapartida (donación)

La *negotium gestio* tiene lugar en los casos de *absentia* e *infantia* del pupilo, así como siempre que se prefiera recurrir a ella. Presupone la administración de los negocios del impúber como si fuesen propios: no se trata de cooperar con éste en los actos jurídicos, sino de celebrarlos sin su propia presencia, recayendo los efectos de los mismos en la cabeza del tutor. Es el tutor quien se constituye en situación de propietario, deudor, o acreedor. Es decir, los efectos se producen en cabeza del tutor y deben ser trasladados al pupilo con un nuevo acto.

Las facultades del tutor son muy amplias. En principio, como resabio de una vieja concepción, se considera que actúa "como si fuera él el dueño" (*domini loco*) Y el único límite es que actúe en interés del pupilo y no para expropiarle. Pero, luego, se siente la necesidad de establecer frenos: una *oratio* del emperador Septimio Severo prohíbe al tutor enajenar los *praedia rustica et suburbana*, y, al fin de la evolución, Justiniano sólo permite enajenar al tutor cosas perecederas o de escaso valor.

Se comprende que a las amplias facultades del tutor deba corresponder responsabilidad muy acentuada y toda una gama de acciones para exigirla. El pretor obliga a concluir una *stipulatio* de que "las cosas del pupilo quedarán a salvo". Además, hay dos acciones, procedentes de la época de las XII Tablas:

- *actio suspecti tutoris*: es una acción expedita para todos (acción popular), menos para el pupilo; lleva aparejada una nota de infamia, y se dirige contra el tutor testamentario que obra dolosamente. En la época imperial se llega a la remoción del cargo, y no ya sólo de la administración, mediante el nombramiento de un nuevo tutor por el magistrado. Por último, es permitida la remoción sin *accusatio*, siempre que el tutor sea inepto o traiga en abandono la gestión. Dentro del Derecho justiniano, puede dirigirse la *accusatio* contra toda clase de tutores, quienes incurrir en infamia en el caso de haber obrado con dolo.
- *actio rationibus distrahendis*: es de carácter penal y tiende a proteger al pupilo contra las

sustracciones del tutor legítimo. La pena se cifra en el doble del valor de la cosa sustraída. En el Derecho justiniano se aminora su carácter penal, pudiendo dirigirse contra cualquier tutor, y no ya sólo contra el legítimo.

A estas acciones vino a añadirse, al final de la época republicana, otra sanción de carácter infamante:

- *actio tutelae*: es una sanción de carácter infamante, y se ejercita por el pupilo al término de la tutela. Por medio de ésta, el pupilo exige al tutor la reparación de los daños que éste le hubiera ocasionado en su patrimonio con una mala gestión. Creada con relación al tutor dativo, se extendió después a los demás tutores.

Al principio, el tutor sólo responde del dolo pero más tarde le alcanza también la culpa. Así contra el tutor dativo inoperante se concede, bajo Marco Aurelio, una *actio utilis tutelae*.

Por razón de los desembolsos hechos durante el desempeño de su cargo, se otorga al tutor una acción, llamada *actio tutelae contraria* en los textos justinianos.

2. Tutela mulierum

En la época clásica las mujeres *sui iuris* están sometidas a la común tutela *impuberum*, si son impúberes, o a la especial y perpetua *tutela mulierum*, si han alcanzado la pubertad. El fundamento de esta tutela hay que buscarla, probablemente, en la estructura originaria de la familia romana, que no permite en ningún caso que la mujer sea titular de la *patria potestas*.

Al principio, la tutela de las mujeres podía ser testamentaria o legítima. La primera es la ordenada en testamento por quien ejerce la patria potestad o la *manus* sobre la mujer; la segunda, tiene lugar en la falta de tutor testamentario, y compete a los agnados y gentiles, o al manumisor y sus hijos. La tutela dativa, introducida más tarde, procede a falta del tutor testamentario y del legítimo, y sólo es conferida por el magistrado a instancia de la mujer, bajo la exigencia de que el tutor propuesto se halle presente.

En ningún caso el tutor actúa como negotiorum gestor; la mujer administra por sí su propio patrimonio. La función del tutor es la de prestar su auctoritas a los siguientes actos celebrados por la mujer:

- enajenación de *res Mancipi*
- *in iure cessio*
- *acceptilatio*
- *adictio hereditatis*
- testamento
- manumisiones
- constitución de la dote
- asunción de toda clase de obligaciones
- permiso a la liberta para quedar en un contubernio con un esclavo ajeno

Cada vez se amplía más la facultad de la mujer de elegir su propio tutor y la legislación matrimonial de Augusto declara exentas de tutela a la ingenua madre de tres o más hijos y a la liberta madre de cuatro o más hijos (*lex Iulia et Papia Poppaea*). La *tutela mulierum* se convierte, así, en el Derecho clásico en una mera formalidad, vestigio de otra época histórica y, finalmente, ya en el período posclásico desaparece sin dejar huella.

3. Las curatelas

La curatela es una institución que tiene por objeto la protección de personas *sui iuris* incapaces. Las formas

más viejas de curatela son la *cura furiosi* y la *cura prodigi*.

Las XII Tablas encomiendan la curatela del *furiosi*, siempre que carezca de *paterfamilias* y de tutor, a los agnados y a los gentiles. A falta de curador legal, o en el caso de que éste sea inepto, se provee, en la época clásica, el nombramiento por el magistrado. La curatela testamentaria no existe, pero si a un loco le da su padre curador en el testamento, el Pretor puede confirmarlo. En el Derecho justinianeo sólo subsisten la curatela testamentaria y la dativa.

El curador cuida de la persona del *furiosus*, a la vez que administra su patrimonio. Su función a este respecto es la de un gestor, y no la de imponer aquella *auctoritas* que es característica de la tutela.

Régimen semejante a la de la *cura furiosi* es el de la *cura prodigi*, que se remonta asimismo a las XII Tablas. Recae sobre los pródigos a quienes se declara incapacitados para disponer libremente de su patrimonio (*interdictio*) Es encomendada a los agnados y gentiles, y, en defecto de éstos, a persona designada por el magistrado, quien puede tener también en cuenta la indicación hecha en testamento.

El origen de la *cura minorum* se pone en relación con la *lex Praetoria* o *Laetoria de circumscriptione adolescentium*. Dada la inexperiencia de los jóvenes, que alcanzan la plena capacidad a los catorce años, estableció tal ley una serie de sanciones contra los que engañan en los negocios a los mayores de esa edad y menores de la de veinticinco. Los remedios procesales son una *restitutio in integrum* y una *exceptio legis Plaetoriae*, que otorgaba el Pretor cuando el menor de veinticinco años era demandado.

El Derecho justinianeo tiende a aproximar las figuras de la tutela y de la curatela. Por eso el *curator* adquiere un cierto carácter permanente y el menor ha de contar con él en todo caso. Por otra parte, muchas de las normas de la tutela se aplican ahora a la curatela: así hay una *accusatio suspecti curatoris*, modelada a imagen y semejanza de la tutela .

CONCEPTOS

1. *Ius*

Ius es empleado por los romanos para designar tanto el Derecho objetivo como el Derecho subjetivo. En el sentido objetivo es definido por Celso como

ius est atrs boni et aequi > el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo

La definición de Celso responde a un momento histórico en que ha sido superado el viejo formalismo, descubriéndose la esencia íntima del *ius* en lo que la conciencia social tiene por bueno y justo y reclama como necesario.

2. *Fas*

Fas surge ahora como lo "lícito religioso", equivale al *Ius Divinum*; la norma que es divina tanto por su origen como por su objeto. En un primer momento *fas* expresa la licitud de un determinado acto o comportamiento, es decir, su conformidad con la voluntad de los dioses.

3. *Iurisprudentia*

Ulpiano define la jurisprudencia o ciencia del Derecho en los siguientes términos:

Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia > la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto

Esta definición esta compuesta por

- *sapientia* o conocimiento de las cosas relativas al derecho; el conocimiento en sí y por sí
- *prudentia*, según Cicerón, es el arte que nos lleva a realizar algunas cosas y a huir de otras.

El jurista romano es un intérprete de lo humano externo, de la tradición fecunda e inderogable, silenciosa y honda, que es sustancia de la historia. Gracias a esta *interpretatio* fue posible llevar el Derecho romano al *culmen* de un raro y maravilloso perfeccionamiento. La jurisprudencia es la actividad de los jurisconsultos, en el ejercicio de tres funciones:

- *respondere de iure*: emitir soluciones a cuestiones jurídicas que le plantean
- *cavere*: aconsejar a las partes para que un negocio jurídico sea eficaz y válido
- *agere*: aconsejar sobre si procede o no la interposición de una acción, y en ese caso, decir que tipo de acción

4. *Tria iuris praecepta*

Según el mismo Ulpiano, tres son los preceptos jurídicos fundamentales:

honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere > *vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo.*

Los tres preceptos atañen a toda suerte de normas sociales, a las que es común un mismo principio o medida universal sobre el obrar, pero adquieren máxima significación referidos al Derecho, cuya esencia radica en el imperativo que pone a la voluntad.

5. *Iustitia*

El Derecho, tal como lo entienden los romanos, no es una ciencia anclada en el mundo de los valores ideales, sino justicia, y la justicia se cierne sobre a realidad viva del suceso humano.

Ulpiano define la *iustitia* del siguiente modo:

iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cique tribuendi > *la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho*

6. *Aequitas*

Aequitas y *aequus* son términos expresivos de la adecuación del Derecho positivo a los hábitos, costumbres e instintos morales e intelectuales arraigados en la conciencia colectiva. La *aequitas* restablece si fuera necesario la justa proporción, el equilibrio, entre derecho y vida.

7. *Ius civile, Ius gentium, Ius naturale.*

Ius civile es el derecho propio (privado) de los *cives*.

Ius gentium es el derecho positivo romano, pero no exclusivista o personalista, sino llamado a regir entre romanos y entre romanos y extranjeros. El *ius gentium* es *ius civile*, un *ius civile* abierto y progresivo, despojado de su condicionalidad nacional, limado y atemperado a nuevos modos, en los que triunfa el principio de la libre forma contractual, frente a la angostura y rigidez de los viejos moldes. Su esencia está constituida por negocios que dan lugar a *bonae fidei iudicia*. Según la definición de Gayo:

ius gentium est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit > es el que la razón natural establece entre todos los hombres

El derecho natural que no se identifica ya con el derecho de gentes, es un Derecho de origen divino. Según la definición de Ulpiano:

ius naturale est quod natura omnia animalia docuit > el derecho natural es el que la naturaleza enseñó a todos los animales

Según Paulo el derecho natural es lo que siempre es bueno y justo. Finalmente Justiniano define el derecho natural como lo que es siempre firme e inmutable, dispuesto por una cierta providencialidad divina.

1

15