

PERSONAS Y FAMILIA (Apuntes de clases)

¶ 1. Personas y Familia

§ 1. La palabra *persona* procede del griego (*prosopon*), con la cual originariamente se designaba a la máscara empleada por los actores en el teatro.

Los juristas clásicos romanos la utilizaban en un sentido técnico únicamente referido al hombre y, en tal sentido se oponía a *res* (cosa), de tal manera que era desconocido para ellos el término de persona jurídica, aunque en la época post-clásica las corporaciones solían ser llamadas *personae vice* (Hacer las veces de personas).

En el derecho romano clásico, para los efectos de la personalidad y de la correspondiente capacidad de actuar en la esfera del derecho privado, se consideraba a la persona no individualmente sino dentro de su familia y el *status* o situación jurídica personal que ocupaba en ella.

La consideración de persona se daba desde el momento de su concepción, pues respecto del concebido y aun no nacido los juristas decían que se trataba de alguien que estaba en el útero (*qui in utero est*) o que se esperaba que naciera (*qui nasci speratur*) e, incluso, que se trataba de hijos aun no nacidos (*liberi qui nondum nati sunt*).

La persona que estaba por nacer era objeto de consideración jurídica, no sólo porque el aborto podía ser un crimen, sino porque la eventualidad de crearse relaciones jurídicas referidas al que estaba en el claustro materno permitía a la jurisprudencia sostener la regla conforme a la cual "el concebido se tenía por ya nacido" (*conceptus pro iam natus habetur*). Tales relaciones jurídicas se hallaban condicionadas a que la creatura naciera viva, y solamente en dicho momento ellas se consolidaban, pues si nacía muerta se estimaba como si nunca hubiera existido para el derecho. Los eventuales derechos deferidos a la creatura que estaba por nacer eran administrados por un *curator ventris* designado por el pretor.

§ 2. La voz *familia* en derecho romano poseía diferentes significados. Así con ella se solía hacer referencia a las cosas *mancipi* que pertenecían a un mismo dueño, en oposición a *pecunia*; y también con ella se significaba al conjunto de personas y cosas sujetas a un *pater familias*.

Sin embargo, en esta materia se entiende por familia al grupo de personas que integraban la casa (*domus*) y que se hallaban sujetas a la potestad de un *pater familias*.

Supuesto lo anterior, la familia romana se fundaba en la potestad que el *pater familias* ejercía sobre las personas a él sujetas. Ellas podían ser personas libres (*liberi*), o esclavas (*servi*).

Sobre los *liberi* el *pater familias* ejercía la *patria potestas*, en general sobre los hijos y su descendencia; la *manu potestas* sobre su mujer que se hallaba *in loco filiae*; y la *dominica potestas*, sobre los esclavos.

§ 3. El *status* de las personas libres que componían la familia podía ser el de *pater familias* (*sui iuris*), y el de aquellos que estaban bajo su potestad (*alieni iuris*).

El *pater familias*, en cuanto cabeza de la familia era el único sujeto pleno en el derecho privado y, en cuanto tal, se decía que era *sui iuris*, pues estaba sujeto a su sólo derecho, y no dependía de otro.

Las personas sujetas a la potestad del *pater familias* eran *alieni iuris* y carecían de la plena personalidad en el orden del derecho privado. Tales eran los hijos, la mujer casada *cum manus*, y otros.

Los *alieni iuris*, con independencia de su edad y sexo, se volvían *sui iuris* tras la muerte del *pater familias* y, por tal razón, le heredaban de propio derecho en calidad de *sui heredes*, sin que debieran realizar acto alguno de aceptación, a diferencia de otros parientes o extraños llamados a la herencia.

§ 4. El *status* que una persona ocupaba en la familia podía sufrir cambios (*capitis deminutio*), derivados de: i) la pérdida definitiva de libertad; ii) la pérdida de la ciudadanía y; iii) el cambio de familia o emancipación.

i) Si un miembro de la familia caía definitivamente en esclavitud, salía de la familia civil a la cual pertenecía, pues se tornaba esclavo (*servus*) y, en tal carácter, era una cosa en propiedad y una persona sin capacidad jurídica.

Quien caía en cautividad de guerra no sufría una *capitis deminutio* definitiva, pues podía recuperar su derecho y *status* en la familia si volvía voluntariamente a Roma en virtud del llamado *postliminium*, que le permitía recobrar todos los derechos de que era titular antes de la pérdida de su libertad, tales como la ciudadanía y su posición en la familia. No ocurría lo mismo con las situaciones de hecho, como la posesión o el matrimonio *sine manus*.

En virtud de una *Lex Cornelia*, de Sila, si el cautivo en guerra moría en esclavitud se mandaba que se fingiera (*fictio ex lege Cornelia*) que había muerto un instante antes de perder su libertad, para de este modo otorgar valor a su testamento causado como ciudadano.

ii) La pérdida de la calidad de ciudadano también provocaba una *capitis deminutio*, en cuanto igualmente suponía la salida de la familia civil del afectado por ella.

iii) El cambio de familia de una persona, implicaba su salida de la originaria y su ingreso a otra, en razón de lo cual dejaba de estar sujeto a un *pater familias* para someterse a la potestad de otro.

Esto podía ocurrir en los casos de *adrogatio*, que era la adopción de un *sui iuris*, y de *coemptio*, que era la forma ordinaria de *conventio in manu*, en virtud de la cual la mujer entraba bajo la potestad del marido.

La *emancipatio*, era una forma especial de extinguir la potestad del *pater familias* sobre sus hijos, mediante su triple venta.

Estos casos de *capitis deminutio* fueron expuestos por Gayo en sus *Institutiones* (1.159-163) conforme a una clasificación tripartita ajena a la jurisprudencia romana clásica, según la cual distinguía: i) *capitis deminutio maxima*, si se perdía la libertad; ii) *capitis deminutio media*, si se perdía la ciudadanía y; iii) *capitis deminutio minima*, si se producía un cambio en la posición familiar de *alieni iuris* o *sui iuris*.

De esta tripartición gayana parece proceder la distinción correspondiente de los tres *status*, a saber, *status libertatis*, *status civitatis*, y *status familiae*, que no es de origen romano.

§ 5. Además de la personas señaladas (*liberi*), también los esclavos (*servi*) integraban la familia, y por ello estaban sujetos a la potestad del *pater familias*, mas no a la *patria potestas*, sino a la *dominica potestas*, en cuanto le pertenecían en propiedad.

El *servus* era un hombre (*homo*) y a la vez una *res Mancipi* que pertenecía a un dueño. De allí que el esclavo tuviera en el derecho romano una doble consideración de *persona* y *res*.

Su consideración de persona, como reconocimiento de su humanidad, se manifestaba en diferentes aspectos, tales como:

i) En materia religiosa: su *iuramentum* y *votum* eran válidos; sus sepulturas entraban en la categoría de *res religiosa*, en cuanto sus dioses de ultratumba eran respetados; eran admitidos a ciertas fiestas como los *Saturnalia* y *Compitalia*; y aunque sus uniones no generaban *matrimonium*, sino sólo *contubernium* su parentesco (*cognatio servilis*) era tenido en cuenta para evitar uniones incestuosas.

ii) En cuanto al poder del dueño sobre ellos: una *Lex Petronia* penaba el arrojarlos a las fieras en el Circo; se penaba el darle muerte desde tiempos de Claudio y Adriano; se castigaba su castración por un senadoconsulto del 83 p.C.

iii) Se reconocía su actividad como agentes de los servicios públicos en calidad de esclavos del pueblo romano o de las ciudades (*servi publici*), y como agentes de sus dueños (acciones adyecticias).

Su carácter de *res Mancipi* significaba que no eran sujetos de derecho, sino cosas en propiedad del dueño, quien podía ejercer sobre ellos todas las facultades propias del dominio, tales como la de disposición, y la reivindicación.

Las causas principales por las cuales se podía caer en esclavitud eran las siguientes:

i) La cautividad de guerra, en virtud de un principio de *ius gentium*, aunque los cautivos no eran adquiridos por ocupación privada como podían serlo las *res hostiles*, sino que eran vendidos como bienes públicos en venta *sub hasta*.

ii) El nacimiento de madre esclava, aunque por elaboración jurisprudencial fundada en el *favor libertatis* se consideraba que si la madre había sido libre un instante siquiera entre el momento de la concepción y el parto, la criatura se estimaba libre.

iii) En concepto de pena, así la jurisprudencia estimaba que caía en esclavitud el mayor de 20 años que se dejaba vender a un comprador de buena fe con la intención de participar en el precio; los condenados a una mina (*in metallum*); los condenados a luchas en el Circo.

El esclavo podía adquirir la libertad mediante la *manumissio*, que era un acto dominical de disposición voluntaria en virtud del cual el dueño concedía la libertad a su *servus*.

Las formas ordinarias de manusión revestían ciertas formalidades. Eran ellas la: i) *manumissio vindicta*; ii) la *manumissio censu* y; iii) el *iussum* de vivir como libre por testamento, o ante testigos.

i) *Manumissio vindicta*: era la forma normal de manumitir mediante una *in iure cessio* producida en una *vindicatio in libertatem*, que acababa con una *addictio* de libertad en favor del esclavo, pues el dueño actuaba como demandado en el procedimiento y asentía en la etapa *in iure* a la *vindicatio*.

ii) *Manumissio censu*: que se producía por la solicitud que el dueño hacía para que el esclavo fuera inscrito como ciudadano en el censo de ciudadanos.

El manumitido en virtud de alguna de estas dos formas no sólo se volvía libre, sino también ciudadano.

iii) *Iussum esse liberum*: el mismo efecto que en los casos anteriores llegó a tener la autorización que hacía el dueño para que el esclavo viviera como libre (*liberum esse iubere*), tanto ante testigos, como en su testamento (La llamada “manumisión testamentaria”), que no era propiamente una manumisión, pues era revocable, no producía sus efectos inmediatamente, y podía sujetarse a una condición. Normalmente el dueño la otorgaba en su testamento con palabras solemnes: *Stichus servus meus liber esto*.

Desde la época imperial era muy frecuente que la libertad se otorgara mediante un fideicomiso (*fideicommissaria libertas*) en el cual el testador encargaba al fiduciario que manumitiera a un esclavo.

Este fideicomiso fue equiparado por Justiniano a la “manumisión testamentaria” y el manumitido se hacía liberto del fiduciario.

Además de estas formas solemnes hubo otras, protegidas por el pretor. Ellas eran las llamadas *manumissio inter amicos* y la *manumissio per epistulam*, que se presentaban cuando el dueño en presencia de amigos trataba como libre a su esclavo o le declaraba por libre, o en una carta le consideraba como tal, en cuyos casos el pretor protegía a los así manumitidos.

A comienzos de la época post-clásica se introdujo, por influencia del derecho helenístico la llamada *manumissio per mensam*, que se producía por el hecho de sentar el dueño a su esclavo en la mesa familiar. Esta manumisión fue eliminada por Justiniano en Oriente, y en Occidente tendió a confundirse con la manumisión *inter amicos* durante el derecho romano vulgar, como se observaba en la *Lex Romana Burgundionum*.

Desde la época de Constantino, y muy favorecida por la Iglesia y el cristianismo, podía el dueño otorgar la libertad a su esclavo en presencia del obispo y de la asamblea de los cristianos. Esta forma de otorgar la libertad, llamada *manumissio in sacrosanctis ecclesiis*, probablemente estuvo influida por el hierodulismo griego y quizá por algunas de las formas pretorianas de manumisión.

En tiempos de Augusto se dictaron diversas leyes que restringieron el derecho de los dueños a manumitir a sus esclavos. Las principales de ellas fueron las siguientes:

i) *Lex Iulia de adulteriis* (18 a.C.): prohibió que la mujer divorciada manumitiera a un esclavo antes de los 60 días posteriores al divorcio.

ii) *Lex Fufia Caninia* (2 a.C.): fijó una cantidad de esclavos manumitibles por testamento proporcional a los esclavos del testador, y ordenó que la manumisión fuera nominativa

iii) *Lex Aelia Sentia* (4 p.C.): fijó la edad mínima del dueño para manumitir en 20 años, y en 30 la del esclavo, y prohibió toda manumisión en fraude de los acreedores realizada por el deudor insolvente. Además privó de la ciudadanía, del acceso a la ciudad, y de testamento a ciertos esclavos manumitidos que hubieran sufrido condenas infamantes, equiparándolos a los dediticios.

La manumisión convertía al esclavo manumiso en liberto de su antiguo dueño, que ahora pasaba a ser su patrono, a cuya clientela ingresaban, y formaban la clase de los *libertini*, como opuestos a los que habían nacido libres dentro de una *gens (ingenui)*.

El patronato importaba un deber moral de reverencia (*obsequium*) que los *liberti* debían a sus *patroni*, además de una expectativa hereditaria por parte de estos últimos respecto de los bienes del liberto que moría intestado sin descendencia legítima.

Este deber de fidelidad del liberto y de prestar al patrono ciertos servicios (*operae*) solía afirmarse en un juramento previo a la manumisión y renovado tras ella (*iusiurandum liberti*).

Tal juramento daba pie, en caso de incumplimiento, a una *actio incerti*, (*actio operarum*) similar a la de la *stipulatio*.

Las relaciones de patronato no se transmitían a la descendencia del liberto, pero sí a los herederos del patrono.

¶ 2. Parentesco

§ 6. La potestad del *pater familias* sobre los *alieni iuris* sujetos a ella daba origen al parentesco por agnación (*adgnatio*), que era un parentesco civil o jurídico.

El parentesco por agnación era el vínculo jurídico que unía a todas las personas sometidas a la misma potestad de un *pater familias*, y los así vinculados eran llamados agnados (*adgnati*).

Los agnados eran, pues, todas las personas libres miembros de una misma familia o que habrían pertenecido a ella si el *pater familias* común estuviera vivo, en cuanto estarían sujetas a su potestad.

Este parentesco agnaticio se transmitía por línea de varón, de tal manera que los nietos del *pater familias*, estaban sujetos a su potestad y no a la del padre, mientras este no se hiciera *sui iuris*.

El parentesco por agnación revestía especial importancia para efectos sucesorios, de tutela legítima, y de matrimonio.

Además de este parentesco agnaticio, existía el parentesco cognaticio o natural, basado en los vínculos de sangre y no en la patria potestad. Este Parentesco, a diferencia del por agnación, podía establecerse mediando mujeres, supuesto que por no poder ejercer la *patria potestas*, ellas no podían llevar a su descendencia a la potestad de sus respectivos padres.

La cognación tenía importancia en materia sucesoria conforme al edicto del pretor, y en materia matrimonial.

Además se consideraba al parentesco por afinidad (*adfinitas*), que era el que ligaba a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro.

§ 7. El parentesco se medía por líneas y grados, para los efectos de determinar su proximidad.

La línea es el conjunto de parientes unidos entre sí en razón de la ascendencia o descendencia. De allí que haya una línea ascendente y otra descendente.

Tales parientes pueden encontrarse en relación directa de ascendencia o descendencia. Así abuelo-padre-nieto, en cuyo caso se habla de línea recta.

PROAVUS

AVUS

PATER

NEPOS

PRONEPOS

Pero también pueden hallarse en una relación ligada sólo por un ascendiente común, en cuyo caso se habla de línea colateral.

AVUS
2° / \ 3°
PATER PATRUUS
1° /
SOBRINI

El grado corresponde al número de generaciones que media entre un pariente y otro. Así el hijo se halla en el primer grado por línea recta respecto de su padre y en segundo respecto del abuelo, y el sobrino se encuentra en tercer grado por línea colateral en relación al tío, supuesto que debe remontarse al antepasado común.

La *Lex Cincia* (204 a.C.) prohibía donaciones superiores a cierto monto, salvo a los parientes cognados hasta el séptimo grado. Más tarde una *Lex Furia* testamentaria (pr. II a.C.) prohibió adquirir legados y donaciones superiores a 1.000 ases, salvo a los legatarios del difunto que fueran parientes hasta el sexto grado o hasta el séptimo si tenían un bisabuelo común.

Este límite del sexto o séptimo grado fue adoptado por el pretor en su llamado a heredar *unde cognati*. De donde se podía decir que la familia cognaticia se extendía hasta dicho grado.

§ 8. El conjunto de familias que poseían un *nomen gentilicium* común formaba una *gens*, cuya importancia decayó rápidamente durante la república, aunque mantuvo cierto interés en la sucesión intestada legítima que llamaba a heredar a los gentiles tras los *sui heredes*, y el *adgnatus proximus*.

¶ 3. Matrimonio

§ 9. La idea romana del matrimonio era radicalmente distinta de la concepción moderna, que está determinada por la influencia del cristianismo.

El matrimonio romano era una situación de hecho y no una relación de derecho, pero no obstante ser un hecho social producía diversas consecuencias jurídicas.

De esta suerte, era el *matrimonium* una unión entre un hombre y una mujer fundada en la intención de vivir juntos con apariencia conyugal honorable (*affectio maritalis*).

Para que existiera legítimo matrimonio conforme al derecho civil (*iustae nuptiae - matrimonium iustum*) se requería la concurrencia de las siguientes circunstancias:

- i) La unión de un hombre y una mujer púberes.
- ii) La condición de ciudadanos de los cónyuges.
- iii) Que los cónyuges gozasen del *connubium*, que precisamente era el derecho a contraer un matrimonio legítimo. Tal derecho lo tenían los ciudadanos y ciertos latinos.

Cuando no concurrían estas condiciones se estaba en presencia de un *matrimonium iniustum*, como el que existía entre los no ciudadanos, o las uniones de los esclavos que sólo daban origen a un simple *contubernium*.

El matrimonio suponía una intención duradera de vivir juntos, que era manifestada inicialmente y que luego se suponía en razón de las apariencias sociales.

§ 10. Para la conclusión de un matrimonio se exigían ciertos requisitos:

- i) La pubertad de los contrayentes, que se fijaba en los 14 años para el varón y los 12 para la mujer.
- ii) El consentimiento de los cónyuges. Si eran *alieni iuris* este consentimiento era, en principio, el de sus padres bajo cuya potestad se encontraban (*iussu patris*), aunque paulatinamente se tendió a dar mayor relevancia al consentimiento de los contrayentes, idea que fue reafirmada por el cristianismo.
- iii) Cierta paridad social. Con anterioridad a la *Lex Canuleia* (445 a.C) no podía contraerse matrimonio entre patricios y plebeyos. La *Lex Iulia de Ordo Maritandis* de Augusto no consideraba como matrimonio las uniones entre miembros de la clase senatorial y de la libertina.

iv) El parentesco. Pues se consideraba *incestum* que hacía ilícitas las nupcias entre los parientes en línea recta, los cognados de tercer grado, y los afines en línea recta.

v) Hubo ciertas prohibiciones o restricciones para contraer matrimonios. Por ejemplo, en virtud de un senadoconsulto se prohibió al tutor casar con su pupila, regla que se extendió al curador en la época post-clásica.

Augusto se ocupó especialmente en fomentar el matrimonio de los ciudadanos a través de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 p.C.) y la *Lex Papia Popaea* (9 a.C.).

Así por ejemplo se prohibió el matrimonio de los ciudadanos ingenuos con mujeres de mala reputación o condenadas en causa criminal; los hombres entre los 25 y 60 años y las mujeres entre 20 y 50 debían contraer matrimonio, y si permanecían célibes o no procreaban les imponía ciertas restricciones hereditarias para adquirir por herencia o legado.

§ 11. El matrimonio podía importar o no la sujeción de la mujer a la potestad del marido (*manus potestas*). De allí que se hable de matrimonio *cum manu* y de matrimonio *sine manu*.

La *manus potestas* que el *pater familias* podía adquirir sobre su mujer era semejante a la potestad que ejercía sobre sus hijos (*patria potestas*), pues la mujer ingresaba a su familia *in loco filiae*, vale decir, quedaba como hija de su marido y hermana agnada de sus hijos.

Así pues, si el marido era *sui iuris* la mujer casada *cum manu*, ingresaba bajo su *manus potestas* y, por ende, salía de la familia de su *pater* (*capitis deminutio*) si ella era *alieni iuris*, y si era *sui iuris*, se volvía *alieni iuris* en la familia de su marido.

Si el marido era *alieni iuris*, la mujer casada *cum manu*, ingresaba bajo la potestas del *pater familias* de su marido, en calidad de nieta o bisnieta según el caso.

Originariamente la *manus* que ejercía el *pater familias* era un poder semejante al de los restantes poderes domésticos, que incluía el derecho de vida y muerte (*ius vitae et necis*), aunque este poder fue restringido progresivamente.

§ 12. El matrimonio *cum manu* importaba la entrada de la mujer bajo la potestad del marido (*conventio in manum*).

Tres eran los modos a través de los cuales podía producirse la *conventio in manum*. Eran ellos: i) la *coemptio*; ii) la *confarreatio* y; iii) el *usus*.

i) *Coemptio*: era la forma ordinaria de adquirir la *manus* sobre la mujer, derivada de la *mancipatio*.

El *pater familias* de la mujer o su tutor si ella era *sui iuris* transfería al marido el poder sobre ella por un acto *per aes et libram* en presencia de cinco testigos y del *libri pens*, a cambio de un precio simbólico (*nummo uno*).

ii) *Confarreatio*: era la forma más antigua de *conventio in manum*, que consistía en un acto sacral celebrado en presencia de diez testigos, del *flamen Dialis*, y quizá del *pontifex maximus*. Esta ceremonia culminaba en un sacrificio común ofrendado por los cónyuges y que consistía en un pan de escanda (*pan farreus*).

Fue probablemente un acto privilegiado del patriciado y ya durante el Principado era muy infrecuente.

iii) *Usus*: la *manus* también podía adquirirse por el *usus*, que era una simple y especial forma de aplicación de la regla general de la *usucapio*, que consistía en una especie de posesión matrimonial continuada durante un año.

La mujer podía interrumpir este *usus* y así evitar la adquisición de la *manus* por parte del marido, si pasaba tres noches con su familia de origen (*trinoctium*).

La adquisición de la *manus* por el *usus*, prácticamente había desaparecido durante la primera época clásica.

Los efectos de la *manus* en principio eran semejantes a los que producían la adopción o la arrogación.

Así la mujer experimentaba una *capitis deminutio*, en cuanto salía de la potestad paterna e ingresaba a la del marido, o se volvía *alieni iuris*, si es que era *sui iuris*, liberándose obviamente de su tutor.

El patrimonio que podía tener la mujer pasaba a quien adquiría la *manus* sobre ella y, por esta razón, concedía el pretor una *in integrum restitutio* por la *capitis deminutio* que extinguía civilmente sus deudas.

El matrimonio *cum manu* decayó progresivamente y en la época imperial acabó por ser desplazado por el matrimonio *sine manu*, en el cual la mujer continuaba bajo la potestad de su padre o permanecía en calidad de *sui iuris*.

§ 13. En principio los efectos del matrimonio, como hecho social, se reducían a la adquisición por parte de la mujer del *honor matrimonii* y al reconocimiento de este estado social, como asimismo a la legitimidad de los hijos concebidos durante él.

El matrimonio *sine manu*, por regla general, no afectaba la propiedad de los cónyuges ni su derecho a disponer de ellos, pues conservaban el poder sobre sus bienes propios, si los tenían en el evento de ser *sui iuris*.

En cuanto al matrimonio *cum manu* debía distinguirse si la mujer casada previamente al matrimonio era *alieni iuris* o *sui iuris*.

Si la mujer antes del matrimonio era *alieni iuris*, vale decir, *filiafamilias* y, por ende, sometida a la potestad de su *pater familias*, ella permanecía en carácter de *alieni iuris*, sólo que ahora bajo la potestad de su marido *in loco filiae*. Por lo tanto, continuaba sin poseer capacidad en el derecho privado.

Si la mujer previamente era *sui iuris* y, por lo tanto, capaz en el derecho privado, perdía esta capacidad, pues se volvía *alieni iuris* del marido, y todo su patrimonio pasaba a éste o al *pater familias* de su marido.

§ 14. Reglas importantes en materia de bienes en el matrimonio eran aquellas que se referían a las donaciones entre los cónyuges.

Las donaciones nupciales podían ser de distintas especies: i) *Donationes ante nuptias* y *Donationes propter nuptias*; ii) Donaciones entre los cónyuges y; iii) *Dos*.

i) Las donaciones que se hacían los cónyuges antes del matrimonio eran donaciones corrientes que se entendían condicionadas al matrimonio, de tal manera que no surtían efecto si el matrimonio no llegaba a celebrarse.

Desde finales del siglo IV se consideraban especialmente las *donationes ante nuptias* que el novio hacía a la novia, y que Justiniano permitió que se efectuaran durante el matrimonio (*propter nuptias*), que el marido debía prometer a la mujer como una aportación en compensación de la dote. Esta donación estaba destinada a asegurar el mantenimiento de la viuda y por tal razón se le aplicaba el mismo régimen que el de la dote.

ii) Las donaciones entre los cónyuges durante el matrimonio, e incluso entre los parientes afines que se encontraban bajo la misma potestad que los cónyuges estaban prohibidas y eran nulas, conforme a un principio de origen desconocido, aunque de probable elaboración jurisprudencial.

Esta prohibición se imponía para evitar el enriquecimiento de una familia a expensas de la otra.

Un senadoconsulto de Caracalla del año 206 p.C. las convalidaba si el donante moría sin haberlas revocado.

Además conforme a la llamada *praesumptio Muciana*, originariamente aplicable a los legados hechos en favor de la mujer casada *cum manu*, se tenía por donado por el marido todo aquello que la mujer retenía por una causa desconocida.

iii) La dote (*Dos*) era una donación especial que hacía la mujer al marido, y que siempre estuvo sometida a un régimen jurídico particular.

§ 15. La dote (*Dos*) era una donación especial que se hacía al marido por parte de la mujer o sus parientes, con la finalidad original de contribuir a las cargas económicas derivadas del matrimonio.

Los bienes dotales pasaban en propiedad al marido, o a su *pater familias*, pero cuando éste moría siempre quedaban en poder del marido, quien podía administrarlos y disponer de ellos libremente.

La dote podía constituirse en favor del marido tuviera éste o no la *manus* sobre la mujer, antes del matrimonio o después de su celebración. Si el matrimonio no llegaba a celebrarse podían reclamarse los bienes dotales mediante la *condictio causa non secuta*.

La dote podía ser constituida por el padre o el abuelo de la mujer, en cuyo caso se hablaba de *dos profecticia*; también podía constituirse la propia mujer si era *sui iuris* o; en fin, cualquier otra persona.

El la época post-clásica se empleaba la expresión *dos adventicia* para hacer referencia a toda clase de dote que no fuera la *profecticia*.

§ 16. La dote, como toda donación, consistía en un lucro que podía realizarse de diversas maneras, como por la transmisión de la propiedad, o la constitución de un usufructo o servidumbre a través de una *mancipatio*, de una *in iure cessio*, o de una *traditio*. Pero también podía consistir en la liberación de un gravamen real o en la liberación de una deuda.

La dote podía constituirse efectivamente (*dotis datio*), o podía prometerse dotar, mediante la antigua forma de la *dotis dictio*, o de la *dotis promissio*.

La *dotis datio* era la constitución efectiva de la dote, por ejemplo mediante la transferencia del dominio de los bienes dotales, a través de los modos de adquirir apropiados a la naturales de las cosas que ella comprendía, por ejemplo, la *mancipatio* o la *in iure cessio* para las *res Mancipi*, o la *traditio* para las *res Mancipi*.

La *dotis dictio*, era un acto específicamente destinado a la constitución de la dote que consistía en una declaración dirigida al marido afirmando que ciertos bienes debían ser considerados dotales, y que sólo era posible a la mujer, su padre o el deudor de la mujer delegado por ella, normalmente mediante la fórmula: *Doti filiae meae tibi erunt centum*.

La *dotis dictio* debía realizarse antes de la celebración del matrimonio y originaba la obligación de cumplirla cuando él se realizaba. Este cumplimiento podía ser exigido por la misma acción de la *stipulatio*.

La *dotis dictio* desapareció durante la época post-clásica y en el *Corpus Iuris Civilis* los compiladores justinianos eliminan toda referencia a ella y la substituyen por la *dotis promissio*.

La *dotis promissio* era una promesa de dotar realizada bajo forma estipulatoria.

En la época post-clásica las formas promisorias de constitución de la dote desaparecieron, pero ella se podía constituir por un simple pacto dotal documentado (*instrumenta dotalia*), y desde Justiniano incluso por un simple pacto verbal.

§ 17. El régimen jurídico de los bienes dotales durante el matrimonio en la época clásica se cimentaba en el principio conforme al cual el marido era dueño de ellos.

En efecto, si la constitución de la dote había consistido en la transferencia del dominio, el marido era dueño de dichos bienes y podía usar, administrar y disponer de ellos, aunque eventualmente fuera responsable porque hubiera de restituirlos. Igual cosa ocurría si la constitución de la dote había consistido en un usufructo.

Así pues, la mujer durante el matrimonio no podía interferir en la administración que el marido hacía de los bienes dotales, pero en cuanto ella podía eventualmente recuperarlos, hubo ciertas restricciones al poder del marido sobre la dote. Tales fueron:

i) En virtud de un capítulo de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.) no podía el marido enajenar los fundos en suelo itálico comprendidos en la dote.

ii) La misma ley impedía al marido manumitir esclavos dotales sin permiso de la mujer.

La eventual recuperación por parte de la mujer de los bienes dotales hacía también que hubiera ciertas prescripciones especiales en cuanto a la dote:

i) No se concedía la *actio furti* contra la mujer que substraía bienes dotales, sino que contra la mujer *sui iuris* se otorgaba la *actio rerum amotarum*, que era *in factum* y reipersecutoria.

ii) Los frutos de los bienes dotales podían invertirse en alimentos para la mujer sin que se incurriera en la prohibición de las donaciones entre cónyuges.

iii) El marido respondía por culpa de la pérdida de los bienes dotales.

§ 18. Una vez disuelto el matrimonio, bien por divorcio, bien por la muerte del marido la dote siempre debía ser restituida.

Normalmente antes de constituir la dote o en el acto de la constitución, se solía estipular su restitución para después de disuelto el matrimonio, mediante la *cautio de rei uxoriae*.

La *stipulatio*, por la cual se constituía la caución, podía realizarse en forma alternativa, de modo que se pudiera restituir alternativamente los bienes dotales o una estimación de ellos (*dos aestimata*), con lo cual el marido asumía el riesgo de los objetos dotales, pues en todo caso se hacía responsable del pago de su estimación.

De esta caución nacía una *actio ex stipulatu* para reclamar la restitución.

En aquellos casos en los cuales no existía la referida *cautio* se podía recurrir a una acción especial aparecida posteriormente, llamada *actio rei uxoriae*.

La *actio rei uxoriae*, era una acción personal, semejante a las acciones de buena fe, en virtud de la cual se podía exigir la restitución de la dote aunque ella no se hubiera estipulado.

El marido condenado por la *actio rei uxoriae*: i) gozaba del llamado “beneficio de competencia”; ii) contaba con un plazo de tres años para restituir las cosas fungibles, a menos que fuera adúltero; iii) podía retener los frutos de los bienes dotales y; iv) podía, mediante una excepción, retener algunas cantidades de la dote, en razón de diferentes causas.

Para los efectos de la restitución de la dote había que distinguir los siguientes supuestos: i) Disolución por divorcio; ii) Disolución por muerte del marido y; iii) Disolución por muerte de la mujer.

i) *Disolución por Divorcio*: la dote en todo caso debía ser restituida. Si la mujer era *alieni iuris* y aun vivía su padre, la *actio rei uxoriae* debía ser ejercida por éste conjuntamente con su hija (*adiuncta filiae persona*).

Si el divorcio se había originado por la conducta desarreglada de la mujer o de su padre, el marido tenía derecho a efectuar las siguientes deducciones de los bienes dotales:

a) *Retentio propter liberos*: que correspondía a un sexto de la dote por cada hijo del matrimonio, con el límite de la mitad de los bienes dotales.

b) *Retentio propter mores graviores*: una sexta parte en razón del adulterio de la mujer.

c) *Retentio propter mores leviores*: una octava parte por las faltas más leves que hubieran dado ocasión al divorcio.

ii) *Disolución por muerte del marido*: la dote debía siempre ser restituida y la mujer podía reclamarla a los herederos del marido, quienes no tenían derecho a retención alguna.

iii) *Disolución por muerte de la mujer*: debía distinguirse si se trataba de: a) una dote profecticia o, b) de las otras llamadas “adventicias”.

a) Si la dote era profecticia debía distinguirse si aun vivía o no el *pater* que la había constituido:

a.i) Si el padre que la había constituido aun vivía, debía ser restituida, y disponía de la *actio rei uxoriae* para obtenerla, aunque el marido podía retener una quinta parte por cada hijo del matrimonio.

a.ii) Si el padre constituyente había muerto, la dote permanecía en poder del marido.

b) Si la dote era de las llamadas “adventicias”, quedaba definitivamente para el marido.

Además de las retenciones indicadas, en todo caso, podía el marido efectuar otras retenciones, en razón de los siguientes conceptos:

i) *Retentio propter res donatas*: por el enriquecimiento de la mujer obtenido a consecuencias de las donaciones recibidas de su marido.

ii) *Retentio propter res amotas*: por el valor de las cosas del marido que la mujer le hubiera substraído después de haberse divorciado.

iii) *Retentio propter impensas*: por los gastos en que el marido hubiera incurrido en orden a conservar los bienes dotales. Sólo podía retener lo gastado en impensas necesarias y útiles.

§ 19. Justiniano modificó grandemente el régimen jurídico clásico de la dote.

En primer término, entendía a la dote como un patrimonio que debía constituirse obligatoriamente en favor de la mujer casada, para que se reservara en su seguridad y auxilio después de la disolución del matrimonio.

Esta nueva concepción, ya no vinculada a la necesidad de solventar las cargas del matrimonio, convertía la antigua propiedad del marido sobre los bienes dotales en una situación temporal, semejante al usufructo de que gozaba el padre sobre los bienes adventicios de sus hijos, y además imponía nuevas restricciones a la propiedad del marido y ampliaba las garantías de restitución.

De esta manera Justiniano prohibió toda enajenación y pignoración de los bienes dotales, incluso con el consentimiento de la mujer, y reconoció la posibilidad de que la dote fuera restituida durante el matrimonio.

El crédito de la mujer para recuperar los bienes dotales se consideraba privilegiado en el concurso de acreedores del marido; disponía la mujer de una *hypotheca generalis* de carácter legal y privilegiada

sobre los bienes de su marido para la restitución de la dote; y se le concedía una acción real (*rei vindicatio*) para recuperar la dote.

Estas nuevas ideas influyeron también en una radical modificación de la antigua acción clásica para recuperar la dote.

Ahora se declaraba que esta acción era siempre el resultado de una *stipulatio tacita*, y conforme a ello, era una *actio ex stipulatu*, llamada *actio dotis* o *actio de dote*, no obstante, que era considerada como una *actio ex bona fides*.

Conforme a esto, la dote siempre debía ser restituida; la *actio dotis* era transmisible activamente a los herederos; se suprimían las antiguas retenciones; el marido debía restituir los fundos inmediatamente y las restantes cosas dentro de un año; se suprimía el antiguo edicto "*de alterutro*" que permitía a la mujer optar entre el legado dejado por su marido y la dote; y el marido respondía por culpa leve *in concreto*.

§ 20. El matrimonio, en cuanto era un hecho, podía cesar desde el mismo momento en que se acababa la voluntad e intención de vivir juntos como marido y mujer (*affectio maritalis*).

Esta decisión de voluntad de cesar en la vida común se solía notificar formalmente por un cónyuge al otro, en un acto unilateral llamado *repudium*.

El *divortium* era el hecho mismo del cese del matrimonio por la separación de los cónyuges.

Terminaba también el matrimonio por la muerte, la pérdida de la libertad, o de la ciudadanía de uno de los cónyuges.

La *manus potestas* sobre la mujer se extinguía por la muerte o *capitis deminutio* de uno de los cónyuges, y por la celebración de un acto contrario a aquel en virtud del cual se había adquirido.

Estos actos eran la *remancipatio* y la *difarreatio*.

La *remancipatio* era el acto opuesto a la *coemptio* y que consistía en una mancipación de la mujer a su antiguo *pater familias*, quien así recuperaba su potestad sobre ella, o a un tercero fiduciario (*mancipatio fiduciae causa*), quien luego de la mancipación la manumitía para dejarla en calidad de *sui iuris*.

La *difarreatio* era el acto opuesto a la *confarreatio* y revestía el mismo carácter sacral que aquella.

Por influencia del cristianismo se tendió a reafirmar el carácter naturalmente indisoluble del matrimonio.

¶ 4. Filiación y patria potestad

§ 21. Todo hijo legítimo, vale decir, aquel concebido en un *iustum matrimonium*, en el mismo momento de su nacimiento quedaba sometido a la *potestas* de su padre (*patria potestas*) o a la de aquel a quien éste se encontraba sujeto.

Además de esta *patria potestas* ejercida sobre todos los descendientes legítimos en razón del sólo hecho del nacimiento, se podía adquirir la patria potestad por un acto de adopción.

De este modo la patria potestad sólo podía adquirirse: a) por el nacimiento en justas nupcias y, b) por un acto de adopción.

§ 22. La patria potestad adquirida por el nacimiento dependía de las siguientes consideraciones: i) legitimidad del matrimonio; ii) el hecho de producirse el parto y; c) la aceptación o reconocimiento del hijo por su padre.

i) El hijo debía ser legítimo, vale decir, concebido en *iustas nuptias*, de allí que se aplicara la regla: *pater is est quem nuptiae demonstrant*, no con carácter de una presunción judicial, al menos durante la época clásica.

En cuanto a los hijos ilegítimos se señalaba que como sólo tenían madre cierta (*mater semper certa est*), ellos eran *sui iuris*.

En el derecho clásico no existieron formas para legitimar a los hijos nacidos fuera del matrimonio, y sólo en la época postclásica aparecieron las siguientes:

a) *Legitimatío per subsequens matrimonium*: por influencia del cristianismo se entendía que se volvían legítimos los hijos naturales de padres solteros, por el sólo hecho de que estos contrajeran entre sí matrimonio posteriormente.

b) *Legitimatío per rescriptum Principis*: por gracia del Emperador manifestada en un rescripto.

c) *Legitimatío per oblationem curiae*: regulada por Valentiniano III y Teodosio II, en el caso de que sus padres los adscribieran a la curia, o dotaran a sus hijas para que casaran con un decurión.

ii) El hecho de producirse el parto después de los seis meses de iniciarse el matrimonio y hasta dentro de los diez meses posteriores a la extinción del matrimonio por divorcio o muerte del marido.

El feto se reputaba nacido como persona desde el momento en que se había separado totalmente del vientre materno, siempre que tuviera forma humana, y que tuviera vitalidad, la que se juzgaba si había llorado conforme al criterio de los Proculeyanos o si se había movido, según el de los Sabinianos.

iii) El hecho de que el padre aceptara a su hijo como tal o lo reconociera judicialmente.

Si el padre se negaba a reconocer como legítimo a un hijo se daba en su contra una acción prejudicial sobre su deber de reconocerlo. Un senadoconsulto Planciano dictado en tiempos de los Flavios concedió a la mujer divorciada la facultad de instar a su antiguo marido para que reconociera al hijo que esperaba de él.

Cumplidas estas condiciones el hijo como legítimo estaba sujeto a la patria potestad.

§ 23. La patria potestad también podía adquirirse mediante la adopción.

La adopción era un acto que consistía en la incorporación de una persona extraña dentro de la familia agnaticia del adoptante, en posición de hijo o de descendiente de grado ulterior, y en consecuencia salía de su familia de origen (*capitis deminutio*) o se volvía *alieni iuris* si antes de ella era *sui iuris*.

Si el adoptado era una persona *alieni iuris* dicho acto era propiamente una *adoptio*, y si era *sui iuris* se estaba en presencia de una *adrogatio*.

La única finalidad de la *adoptio* era la de crear la *patria potestas* y por tal razón solamente podían adoptar los varones *sui iuris*, en razón de que la mujer no podía ejercer patria potestad.

La *adoptio* de un *alieni iuris* se realizaba mediante la una *emancipatio* del hijo o hija con la finalidad de extinguir la potestad paterna, tras la cual se verificaba una *in iure cessio* para que el adoptante adquiriera la *patria potestas*.

La *adoptio* de un *sui iuris* (*adrogatio*) se realizaba en Roma mediante un acto solemne realizado en presencia de treinta *lictors* que representaban a las antiguas treinta curias, en cuyos comicios (*comitia curiata*) se hacía antiguamente el acto de la arrogación con una forma legislativa a propuesta del magistrado que los presidía y con el voto de la asamblea.

En la *adrogatio* el adoptante debía ser mayor de sesenta años y carecer de hijos propios o adoptivos, y el arrogado necesariamente debía ser varón.

El arrogado llevaba bajo la potestad de quien lo arrogaba a toda su descendencia y su propio patrimonio, pues sufría una *capitis deminutio* al tornarse *alieni iuris*, en razón de lo cual sus deudas quedaban extinguidas civilmente y, por ello el pretor concedía a sus antiguos acreedores una *in integrum restitutio*, para reclamar sus créditos.

§ 24. La *patria potestas* se extinguía por las siguientes causas:

i) Por la muerte del *pater* o de la persona sometida a su potestad.

ii) Por la *capitis deminutio* del *pater* o de la persona sometida.

iii) Por la emancipación (*emancipatio*).

La *emancipatio* consistía en una triple venta del hijo, fundada en el precepto de las XII Tablas que decía: *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*.

A estas tres mancipaciones realizadas por el *pater* debían seguir otras tantas efectuadas por quien actuaba como *emptor* al mismo padre (*remancipationes*) y, después de la última *remancipatio*, el padre, que ya no tenía a su hijo *in potestate*, sino *in mancipium*, lo manumitía, y así obtenía la condición de patrono de su hijo emancipado (*parens manumissor*).

En el caso de la emancipación de las hijas y nietos este complejo acto se simplificó, disponiéndose que sólo bastaba una sola venta al *emptor* fiduciario.

De tal manera, ni la mayoría de edad del hijo, ni su matrimonio, ni el ejercicio de magistraturas, le liberaba de la *patria potestas* y permanecía siempre en calidad de *sui iuris*.

§ 25. La *patria potestas* era considerada por los romanos como una institución propia y peculiar de Roma, que originariamente en la época arcaica era un poder absoluto sobre la persona de los hijos, aunque fue progresivamente limitado.

Dentro de los amplios poderes que configuraban el contenido de la *patria potestas* se encontraban los siguientes:

i) El poder de vida y muerte (*potestas vitae necisque*) sobre los sometidos a ella. Durante el Principado sólo fue tolerado ocasionalmente, aunque Constantino expresaba que aun en su época se hallaba vigente, hasta que fue eliminado por Valentiniano y Valente.

Trajano había impuesto al padre que castigaba a su hijo *contra pietatem* la obligación de emanciparle, y Adriano castigó con la *relegatio*, al padre que con ocasión de la caza daba muerte a su hijo.

ii) El poder de vender a sus hijos. Si el hijo era vendido en Roma quedaba en condición de *in mancipio*, que en cuanto a su vida pública permanecía como ciudadano, pero en el derecho privado tenía una situación semejante a la de un esclavo.

iii) El poder de darles tutor, e incluso de designarles herederos en ciertos casos.

iv) En el antiguo derecho el padre gozaba de una *vindicatio* para proteger su *patria potestas*.

§ 26. Sólo los *sui iuris* podían ser propietarios de un patrimonio y actuar plenamente en el campo del derecho privado.

De esta manera, los *alieni iuris* sometidos a la *potestas* del *pater familias* no podían adquirir bienes, pues todo lo que ellos pudieran tomar revertía automáticamente en el patrimonio de sus padres.

Si bien los *alieni iuris* y los *esclavos* eran incapaces de dominio, se les reconocía que podían actuar en los negocios en provecho de sus *patres* o dueños, y también podían actuar respecto de los llamados peculios.

§ 27. Aunque los *filifamilias* se encontraban bajo la potestad del padre y por ende no poseían un patrimonio propio, podían disponer respecto de los bienes que les fueran dejados a su gestión, como un pequeño patrimonio que pertenecía al *pater* (o al dueño en el caso del esclavo).

El *peculio profecticio*¹ era aquel conjunto de bienes que, perteneciendo al *pater* o al *dominus*, era entregado al hijo o al esclavo para que éste lo administrara y gestionara. El padre o dueño podía, en cualquier momento, retirar el peculio como suyo.

Cuando el padre moría el *peculium* pasaba a formar parte de su patrimonio que dejaba a sus herederos.

Desde una época anterior a Augusto se reconocía la existencia de un peculio especial llamado *peculium castrense*, que estaba formado por todos aquellos bienes que el hijo adquiría con ocasión de su servicio en el ejército, y después de Severo también por las donaciones que obtenía en razón de dicho servicio.

Respecto de tales bienes el hijo podía administrarlos libremente, y disponer de ellos, no sólo *inter vivos*, sino también *mortis causa*, de tal manera que el padre no podía privarlo de él, pero si el hijo moría intestado el padre adquiría los bienes de este peculio, no a título de herencia, sino como cosa propia (*iure peculii*).

En tiempo de Constantino fueron equiparados al *peculium castrense* los bienes que los hijos obtenían como funcionarios públicos (*militia civilis*) y aquellos que obtenían como clérigos (*stipendia*).

Este género de bienes fue agrupado por Justiniano bajo el nombre de *peculium quasi castrense*.

Constantino sometió a un régimen jurídico especial los bienes que el hijo heredaba de su madre (*bona materna*), los cuales le pertenecían en propiedad y sobre los que el padre no tenía más que una suerte de usufructo legal, sin que pudiera disponer de ellos.

¹ Llamado así en oposición al castrense con posterioridad a Justiniano.

Estos bienes son considerados como propiedad del hijo y, por lo tanto, no ingresaban en la herencia del padre, sino en la del hijo.

Posteriormente, en la misma época post-clásica este régimen jurídico de los *bona materna* se extendió a todas las adquisiciones recibidas a título oneroso de la madre o de los ascendientes maternos, así como los obtenidos de la mujer, tales como la dote y las donaciones *propter nuptias*.

Justiniano extendió aun más estos principios, al hacerlos aplicables a todas las adquisiciones que hiciera el hijo de cualquier procedencia distinta al patrimonio de su padre (*bona adventicia*).

§ 28. La especial situación de los hijos de familia, en cuanto sometidos a la patria potestad, determinaba también que existiera una singular regulación jurídica de su responsabilidad, por las eventuales deudas que pudieran contraer.

i) Los hijos sometidos a potestad, al igual que los esclavos mayores de siete años, se consideraban civilmente responsables de las obligaciones derivadas de los delitos que cometían, pero la acción penal era obstaculizada por la potestad paterna o dominical.

Este inconveniente fue solucionado mediante la concesión de una *actio noxalis*, en virtud de la cual el *pater* o el *dominus* una vez probado el delito, quedaba condenado a la pena correspondiente, a menos que entregara al demandante al esclavo en dominio, o entregara a su hijo *in mancipio* (*noxae deditio*).

ii) Las obligaciones nacidas dentro de la familia, vale decir, las de los hijos y esclavos entre sí o respecto de sus padres o dueños, o de los esclavos respecto de terceros, se consideraban obligaciones naturales, de tal manera que no era posible ejercitar una acción para reclamarlas, pero una vez pagadas voluntariamente permitían al acreedor retener lo pagado (*soluti retentio*), y admitían novación y fianza.

iii) El pretor concedía diversas acciones por las que los acreedores de los hijos o esclavos podían reclamar de sus padres o dueños el monto de sus créditos.

Tales acciones, concedidas sólo bajo ciertos supuestos, eran las llamadas por los glosadores medioevales acciones *adiecticiae qualitatis*, porque se agregaban a las acciones que había contra el mismo que había contraído la obligación.

Eran estas acciones pretorias, con transposición de personas, pues mientras en la *intentio* se mencionaba al hijo o esclavo, la *condemnatio* se refería al *pater* o *dominus*.

Tales acciones eran las siguientes:

a) *Actio institoria*: que se concedía cuando el padre o el dueño ponía al hijo o esclavo en calidad de *institor* a cargo de un negocio terrestre.

b) *Actio exercitoria*: que se concedía cuando el hijo o el esclavo había sido puesto por el empresario (*exercitor*) al frente de un negocio (*praepondere*) marítimo en calidad de *magister navis*.

c) *Actio quod iussu*: que se concedía cuando el *pater* o *dominus* autorizaba la realización del negocio (*iussu*).

d) *Actio de peculio*: que se concedía cuando no había existido *praepositio* ni *iussum* y sólo se daba por el monto del peculio.

e) *Actio de in rem verso*: que al igual que la de peculio se daba cuando no existía *praepositio* ni *iussum* tan sólo en la medida de lo obtenido por la celebración del negocio.

f) *Actio annalis*: que se daba únicamente dentro del año posterior a que el hijo o el esclavo hubiera salido de la potestad.

Además de estas acciones, si el peculio consistía en mercancías y el padre o dueño conocía el negocio que con él se realizaba, los acreedores podían solicitar que se repartiera el peculio en proporción a sus créditos, incluyendo los créditos naturales del padre o dueño, y si estimaban que habían sido perjudicados por una distribución dolosa realizada por el *pater* o *dominus*, podían intentar una acción *in factum*, que no era de las *adiecticiae*, llamada *actio tributoria* para alcanzar la indemnización del daño causado.

iv) Si los hijos de familia tomaban dinero en préstamo sin la autorización de sus padres, tanto la *actio de peculio* contra el padre como la *condictio* contra el hijo vuelto *sui iuris*, se veían impedidas por una *exceptio senatusconsulti Macedoniani*.

¶ 5. Tutela

§ 29. Al extinguirse la *patria potestas* por la muerte del *pater familias*, o por otra causa como su *capitis deminutio*, o la emancipación, sus hijos *alieni iuris* y su antigua mujer casada *cum manu*, se volvían *sui iuris*.

Si los hijos liberados de la *patria potestas* y hechos *sui iuris* eran impúberes (*pupillus* o *pupilla*), no obstante la capacidad que como tales adquirirían en el derecho privado, requerían de una persona que supliera la falta del padre para los efectos de poder actuar efectivamente en el derecho. Tal persona era un tutor.

Si era una mujer la que se volvía *sui iuris* también requería de un tutor que, a diferencia del caso de la tutela de los impúberes, era perpetuo.

Los principios básicos que inspiraba en régimen de la tutela durante la época clásica eran los siguientes:

i) La tutela clásica era una guarda o cuidado que consistía en la defensa del patrimonio de un incapaz que requería de protección.

ii) El tutor era una persona privada y, por esencia, un varón, pues la tutela era entendida como un oficio viril. Durante la época post-clásica este principio se debilitó y desde el siglo IV se admitía que la madre ejerciera como tutora adjunta de sus hijos, siempre que no contrajera nuevo matrimonio.

iii) Existía un magistrado especial encargado de la protección de los pupilos (*Praetor tutelaris*).

§ 30. *Tutela de los impúberes*: los impúberes *sui iuris* requerían necesariamente de un tutor.

En el derecho clásico eran impúberes quienes no habían alcanzado la pubertad, que suponía la aptitud natural para el matrimonio.

Conforme a un criterio adoptado por los Proculeyanos se estimaba que los varones alcanzaban la pubertad a los 14 años y las mujeres a los 12 años.

Estos pupilos menores de 14 ó 12 años podían ser: i) *infantes*, o ii) *infantia maiores*.

i) *Infantes*, de *in fari* (no hablar), eran propiamente aquellos que no podían hablar razonablemente, y conforme a un criterio que prevaleció con Justiniano se tenía por tales a los menores de 7 años.

ii) *Infantia maiores*: eran aquellos comprendidos entre los 7 y 12 ó 14 años en su caso.

El interés de esta distinción estribaba en que lo *infantes* no eran responsables penalmente, y no podían intervenir en modo alguno en la realización de negocios jurídicos, en razón de lo cual su tutor actuaba plenamente por ellos mediante una gestión total e independiente (*negotiorum gestio*), y los *infantia maiores* respondían por sus delitos, pues eran *doli capaces*, y podían actuar en negocios jurídicos aunque siempre con la autorización de sus tutores presentes al acto (*auctoritas tutoris*).

Si el tutor no interponía su *auctoritas* en el acto del *infans maior* el negocio carecía de efecto, aunque si el pupilo cobraba una deuda sin la *auctoritas interpositio* el pretor le otorgaba una *exceptio* para defenderse de una eventual reclamación de su deuda, y desde un rescripto de Antonino Pío, se daba, al parecer, una *actio negotiorum gestiorum* contra el pupilo que había obtenido algo de un negocio sin la *auctoritas tutoris*.

§ 31. La tutela de los impúberes podía deferirse: i) por ley; ii) por testamento y; iii) por designación de un magistrado.

La naturaleza del origen del deferimiento del tutor determinaba el carácter de la tutela y su especial regulación.

i) *Tutor legitimus*: la Ley de las XII Tablas defería la tutela al pariente agnado próximo (*adgnatus proximus*), varón y púber, y a falta de éste a los gentiles.

El tutor legítimo no podía abdicar de la tutela, aunque en el derecho antiguo podía transferir la tutela a otra persona en virtud de una *in iure cessio*, aunque esta posibilidad desapareció en la época clásica al admitirse la *excusatio tutoris*.

Durante el desempeño de la tutela no podía el tutor legítimo ser removido de su desempeño.

En cuanto a su responsabilidad por el ejercicio de ella, sólo al término de la tutela se podía dar en su contra una *actio rationibus distrahendis* por haber malversado los bienes del pupilo.

Era esta una acción penal por el duplo del daño, que Justiniano extendió a todo género de tutelas y que incluso concedía antes de su término para ajustar las cuentas, razón por la cual dejaba de ser necesariamente penal.

ii) *Tutor testamentario*²: el *pater familias* tenía derecho a designar en su testamento un tutor para sus hijos sometidos a potestad que con su muerte se volverían *sui iuris*.

A diferencia del tutor legítimo, el tutor designado en el testamento podía renunciar libremente a su ejercicio (*abdicatione tutelae*), aunque desde tiempos de Claudio estaba obligado a ejercer sus funciones y sólo gozaba de un derecho de excusarse de ella (*ius se excusandi*).

En cuanto a su responsabilidad, a diferencia de la tutela legítima ella podía serle exigida durante el desempeño de ella, mediante su remoción a través de una acción pública fundada en una acusación de fraude en el servicio de la tutela, llamada *accusatio suspecti tutoris*, que fue extendida por Justiniano a todo tipo de tutelas.

iii) *Tutor "Atiliano"*: una *Lex Atilia*, al menos anterior al año 186 a.C., encargaba al pretor urbano el cuidado de las tutelas y le ordenaba que, con acuerdo de la mayoría de los tribunos de la plebe, nombrara tutor al incapaz que carecía de él (legítimo o testamentario). Era este el llamado "tutor Atiliano" y que Gayo, imprecisamente, designaba como tutor dativo.

² No es denominación clásica.

Por regla general los juristas clásicos, a propósito de la responsabilidad del tutor sólian hablar de que éste debía actuar con *diligentia* y, por ello, respondía de *culpa*, la que en época post-clásica llegaba a la denominada *culpa leve in concreto*, supuesto que se le exigía una *diligentia quam in suis*.

§ 32. Desde la época de Claudio la jurisdicción en materia de tutelas era ejercida por los cónsules y Marco Aurelio creó un *praetor tutelarius* para las tutelas de Roma, dejaba las de Italia a los *iuridici*, y las de provincia a los gobernadores.

De este tiempo en adelante se advertía una clara modificación en el régimen jurídico de las tutelas, cuyas principales manifestaciones eran:

i) El cargo de tutor se convirtió en una función pública que no se podía rehusar, a menos que: a) existiera una causa justificada (*excusatio*), tales como ancianidad, enfermedad, exceso de ocupaciones, o b) se indicara una persona más idónea para el desempeño del cargo (*potioris nominatio*), con lo cual desaparecía la antigua *abdicatio* del tutor testamentario.

ii) Se tendió a substituir la tutela legítima por el tutor designado directamente por el magistrado.

Así un senadoconsulto dictado entre Claudio y Marco Aurelio permitía designar tutor por el magistrado, sin recurrir a la tutela legítima, cuando el tutaor designado en el testamento se excusaba o era removido como *suspectus*.

iii) Se establecieron ciertas restricciones a los poderes de disposición del tutor.

Así debía enajenar los bienes de difícil conservación, invertir los capitales del pupilo preferentemente en inmuebles, cobrar los créditos del pupilo, evitar que sus deudas devengaran intereses, solicitar autorización al magistrado (desde el 195 d.C.) para la enajenación o pignoración de fincas rústicas o suburbanas del pupilo.

iv) Se exigía al tutor no testamentario que otorgara una caución de indemnizar los perjuicios eventuales que causara en los bienes del pupilo con el ejercicio de la tutela. Tal era la *satisdatio* o *cautio rem pupilli salvam fore*.

v) Los créditos del pupilo contra su tutor gozaban de privilegio en el concurso de acreedores. Severo y Caracalla daban al pupilo una hipoteca legal sobre las cosas que el tutor hubiera comprado con dineros del pupilo, y Constantino garantizó las reclamaciones del pupilo con una hipoteca general sobre todo el patrimonio del tutor.

vi) Se generalizó una nueva acción para exigir, al término de la tutela, una indemnización por la conducta negligente del tutor.

Esta acción era la llamada *actio tutelae*, de buena fe e infamante, que desde Marco Aurelio podía ejercitarse como *utilis* contra el tutor que no había llegado a desempeñar la tutela.

El tutor tenía un *iudicium contrarium* contra el pupilo en razón de los gastos en que pudiera haber incurrido con ocasión del ejercicio de la tutela.

§ 33. *Tutela Mulierum*: durante toda la época clásica la mujer *sui iuris* estuvo sometida a tutela perpetua, justificada desde la perspectiva del interés de su heredero-tutor.

Durante la república se inició la práctica de dejar el testador a su mujer *in manu* la elección de un tutor a su gusto (*optio tutoris*), y la de recurrir a una *coemptio fiduciae causae* para hacer cesar al tutor legítimo de la mujer.

Esta tendencia a desvirtuar la tutela de las mujeres aumentó con la legislación matrimonial de Augusto, que liberaba de tutela (*ius liberorum*) a las mujeres ingenuas con tres hijos y a las libertas con cuatro respecto de la tutela legítima.

§ 34. Al igual que respecto de los impúberes la tutela de las mujeres podía tener un triple origen, pues o se defería por testamento, por ley, o por nombramiento del magistrado.

i) *Tutela “testamentaria”*: en virtud de su patria potestad podía el padre designar en su testamento un tutor para sus hijas, y lo mismo podía hacer el marido respecto de su mujer *in manu*.

Este tutor testamentario de la mujer gozaba del *ius abdicandi* que, a diferencia del de los impúberes, conservó durante toda la época clásica, en razón de lo cual no necesitó del *ius se excusandi*.

ii) *Tutela legítima*: a falta de tutor designado por testamento, defería la ley la tutela de la mujer al *proximus adgnatus* o a su patrono o *parens manumissor*.

Este tutor no gozaba del *ius abdicandi*, pero podía ceder la tutela a otra persona mediante una *in iure cessio*, facultad que conservó durante toda la época clásica a diferencia del tutor del impúber.

Claudio suprimió la tutela de la mujer deferida a los agnados y, en consecuencia, a partir de este momento la única tutela legítima que permanecía para las mujeres era la que se defería al patrono o *parens manumissor*.

iii) *Tutela “Atiliana”*: en defecto de tutela deferida por testamento o por la ley, el tutor de la mujer podía ser nombrado por un magistrado.

§ 35. La actuación del tutor de la mujer difería en la época clásica de la del tutor del impúber, pues esta se limitaba a su *auctoritas interpositio* para la realización de ciertos actos, y jamás a la gestión plena, total y separada en nombre de la mujer (*negotiorum gestio*).

La mujer no necesitaba de la *auctoritas tutoris* para enajenar una *res nec mancipi*, ni para otorgar un préstamo.

Si el tutor negaba a la mujer su *auctoritas* para la realización de ciertos negocios se permitía a la mujer recurrir al magistrado, quien podía compeler al tutor a prestarla.

Contra el tutor de la mujer no procedían ni la *accusatio suspecti tutoris*, ni la *actio de rationibus distrahendis*, supuesto que el tutor no administraba el patrimonio de la mujer.

Se podían ejercitar en su contra la *actio doli* y la *actio legis Aquilia* como contra cualquier otra persona.

¶ 6. Cura

§ 36. La *cura* o curatela era, en términos generales, una institución en virtud de la cual se encomendaba la administración de ciertos intereses patrimoniales, tanto públicos, cuanto privados, con la finalidad de asegurar su protección.

Las curatelas dirigidas a proteger patrimonios privados eran las siguientes: i) *Cura furiosi*; ii) *Cura prodigi*; iii) *Cura minorum*; iv) *Curator ventris*.

§ 37. *Cura furiosi*: esta curatela ya aparecía en la *Ley de las XII Tablas*, conforme a la cual se llamaba al pariente agnado próximo, y en su defecto a los gentiles, para que ejercieran una *potestas* sobre el declarado loco (*Furiosus*) y su patrimonio.

A falta de curador legítimo, vale decir, del llamado por ley a ejercer como tal, debía el magistrado proceder al nombramiento de un curador. Tal caso es el llamado de la “Cura dativa”. En ningún caso existía la posibilidad de una curatela testamentaria para el furioso.

En el derecho clásico el curador de un furioso debía siempre y en todo momento cuidar de su persona y bienes, y actuar por él, gestionando su patrimonio (*Negotiorum gestio*), sin que fuera posible que autorizara sus actos (*Auctoritas interpositio*).

En época clásica no existía una acción típica que regulara las relaciones entre el curador y el demente, pero se les concedía recíprocamente la *actio negotiorum gestorum*, la que podía ser ejercitada en cualquier momento.

En el derecho post-clásico se aceptaba la suspensión de la curatela del loco durante sus intervalos lúcidos.

§ 38. *Cura prodigi*: existía también una curatela para el pródigo (*prodigus*), cuyo origen se atribuía a la misma *Ley de las XII Tablas*, llamándose a ejercer la referida potestad sobre su patrimonio al agnado próximo y en su defecto al gentil, y a falta de ellos debía el magistrado nombrar un curador.

Era el magistrado quien debía dictar la prohibición para que una persona no pudiera disponer de sus bienes (*Interdictio bonorum*), tal magistrado era el pretor en Roma y el gobernador en provincias, y la referida interdicción afectaba a todo el patrimonio del pródigo, pero este mantenía su responsabilidad delictual y podía relizar válidamente todos aquellos actos jurídicos que mejoraran su condición y lo enriquecieran, de tal manera que solamente era incapaz de enajenar, extinguir créditos y de obligarse

Tal prohibición procedía originariamente cuando una persona con hijos había dilapidado el patrimonio que había heredado ab intestato de sus parientes (*bona paterna avitaque*). Sin embargo, por obra de la jurisprudencia, tales restricciones fueron eliminadas, de tal manera que se debía nombrar curador incluso si la persona carecía de hijos, o si los bienes dilapidados tenían una procedencia distinta.

Más tarde, por un rescripto de Antonino Pío, se permitió por concesión imperial nombrar curador, sin necesidad de una previa *interdictio bonorum*.

Las facultades del *curator prodigi* era menores que las del curador del furioso, pues sólo debía intervenir en los actos de disposición y en los que importaran que el pródigo contrajera una nueva obligación, sin que pudiera actuar en aquellos que significaran un incremento patrimonial, tales como la adición de una herencia.

La responsabilidad del curador podía exigirse a través de la *actio negotiorum gestiorum*, y él, a su vez, podía intentar el *iudicium contrarium* para reembolsarse de los gastos en que hubiera incurrido durante el ejercicio de la curatela.

§ 39. *Cura minorum*: era esta una curatela posterior a la *Ley de las XII Tablas*, que se daba respecto del menor púber.

Era considerado *minor* aquel púber que tenía menos de 25 años, y respecto de él se daba esta curatela, pues si se trataba de un impúber operaba la tutela.

Una *Lex Laetoria* de principios del siglo IIa.C. concedía una especial protección a las personas que aun no hubieran cumplido los 25 años (*minores viginti quinque annis*) para que pudieran defenderse de aquellos actos perjudiciales que hubieren ejecutado o celebrado.

La *Lex Laetoria* concedía una acción (*Actio legis Laetoria*), de carácter penal y popular, cuya condena implicaba infamia, que podía ejercitarse contra todo aquel que fraudulentamente hubiera conseguido un provecho o ventaja, valiéndose de la inexperiencia de un menor.

Pero además, como esta era una "ley imperfecta", no invalidaba el acto realizado, por lo cual el pretor concedía una excepción (*Exceptio legis laetoria*) contra la acción que intentara el que se había beneficiado del acto para que él se cumpliera.

También ofrecía el pretor en el Edicto, previa *causae cognitio* decretar una *in integrum restitutio* por razón de la edad (*ob aetatem*) para lograr la rescisión de los negocios que hubieran perjudicado al menor, incluso si no había mediado dolo por la otra parte.

Este régimen de especial protección para el menor púber prácticamente impedía que pudiera celebrar negocio alguno, pues nadie se aventuraba a tratar con él, supuesta la inseguridad que derivaba de la regulación de la *Lex Laetoria*.

Para evitar estos inconvenientes, el menor podía comparecer ante el pretor y solicitar el nombramiento de un curador para que le asistiera en algún negocio o en todos los que realizara.

§ 40. En virtud de una constitución del emperador Marco Aurelio se introdujo legítimamente la *cura minorum*.

A diferencia de las otras curatelas, durante el derecho clásico, la cura del menor tenía los siguientes caracteres:

- i) No era obligatoria, y por lo tanto, el curador sólo era nombrado a requerimiento del menor.
- ii) El curador no tenía derecho a administrar el patrimonio del menor.
- iii) Las relaciones entre el curador y el menor se regían por el régimen de la *negotiorum gestio*.

En la época postclásica el curador se convirtió en un gestor necesario, asimilándose al tutor de los impúberes, y por tal razón se llegó a considerar que el menor púber bajo curatela era incapaz de obrar, al igual que el impúber.

También en la época post-clásica se generalizaron las concesiones de libre administración para menores de 25 años, a través de la llamada *venia aetatis*, que otorgaba el príncipe. Constantino estableció que para otorgarla el varón debía contar al menos con 20 años y la mujer con 18, además de probar prudencia y buenas costumbres.

§ 41. *Curator ventris*: en el *Edicto* del pretor se consideraba la posibilidad de designar un *curator ventris* para la persona que aun no había nacido y que se encontraba en el vientre materno, pero también era posible designar un *curator ventris nomine* respecto de los bienes de dicha persona, aunque frecuentemente era un solo curador el que asumía ambos cuidados, es decir, el de la persona y bienes del que se esperaba que naciera.

La designación del *curator ventris* podía ser solicitada por la madre embarazada, por quien tuviera interés debido a que él sería el heredero en caso de nacer muerta la creatura, o sus acreedores. La persona nombrada como curador debía prestar una garantía de salvaguardia de los bienes, denominada *satisdatio rem salvam fore*.