

é indican, por ejemplo, el derecho de hacer un testamento, de casarse, de llevar un sombrero, etc. *Res non meræ facultatis* eran los actos, cuya omisión puede hacernos perder nuestro derecho. En esta clase incluyen casi todos los actos que se refieren al derecho privado. Esta distinción tan absurda en derecho natural como inútil en derecho romano, no es casi usada hoy día.

§ 7. *Conflicto de derechos.*

Pueden derechos diferentes reunirse ya en la misma persona, ya con relación á un mismo objeto. Los comentadores distinguen estos dos casos por los nombres de * *concursum subjectivum* *, y * *concursum obiectivum* *. El primer caso no da lugar á dificultad alguna: la persona á quien competen los derechos los ejercerá como bien le parezca. El segundo caso puede presentarse de dos maneras. Es posible ejercer todos los derechos á la vez sin que el ejercicio de uno impida el ejercicio de los otros. Por ejemplo: A es propietario de un fundo, B tiene el usufructo, C tiene un derecho de paso en el mismo fundo, y por fin, D puede tener una hipoteca que grava al inmueble.—O bien el ejercicio de uno excluye ó impide el ejercicio del otro.

Este último caso se llama por los comentadores * *conflictus iurium* * en el cual debemos ahora ocuparnos. Nuestras fuentes contienen gran número de decisiones especiales sobre esta materia; entre ellas hay también algunas reglas generales cuyo conocimiento es útil:

1.º Cuando se trata de derechos que dos personas tienen respectivamente la una contra la otra, particularmente cuando hay conflicto entre dos privilegios ó *beneficia legis*, la ley protege más bien á la persona que quiere evitar una pérdida, *qui certat de damno evitando* *, que á la que intenta enriquecerse, *qui certat de lucro faciendo* *¹. Bajo este concepto, hay que notar que el derecho romano considera como pérdida la restitución de una cosa que se ha consumido².

¹ Fr. 41, § 1, D., *de reg iuris* 50, 17. «In re obscura melius est favere repetitioni, quam adventicio lucro»—Fr. 14, § 1, D., *de religiosis* 11, 7. «... Melius est legatarium non lucrari, quam emptorem damno adfici.»—Fr. 14, D., *de condict. indeb.*, 12, 6. «... Natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiore.»—L. 22, § 5, C., *de iure deliberandi* 6, 31.

² Fr. 11, § 6, D., *de minoribus* 4, 4. «... Item quæritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus... Puto... inspiciendum... quis captus sit; proinde si ambo capti sunt, verbi gratia, minor minori pecuniam dedit, et ille perdidit, melior est causa, secundum Pomponium, eius, qui accepit, et vel dilapidavit, vel perdidit.»—Fr. 31, D., *eodem*.

2.º Cuando se trata de derechos reales, el más antiguo vence. *Prior tempore, potior iure* ³.

3.º Si no puede aplicarse este principio, se concede la preferencia á la persona que está en posesión del objeto litigioso. *Melior est causa possidentis* ⁴.

4.º Por fin, si estas reglas no bastan para resolver la cuestión, se debe recurrir á la partición de la cosa ⁵. Cuando la partición no puede operarse, queda un último medio: y es, sortearla. No obstante, hay que observar que las leyes no dan este recurso más que cuando la suerte, al conceder un favor á uno de los interesados, no priva á los demás de la ventaja que pueden esperar de su derecho ⁶.

Por último, en ciertos casos el conflicto es tal, que ninguna de estas reglas puede ser aplicada: entonces la existencia de uno de los derechos se opone al ejercicio del otro. *Privilegiatus contra æque privilegiatum iure suo non utitur* ^{* 7}.

En materia de conflictos, se cita además muy á menudo la regla de que el derecho especial excluye al derecho general. Esta regla es, en general, verdadera; pero no se aplica al caso de que hablamos, puesto que no hay conflicto cuando uno de los dos derechos excluye al otro ⁸.

³ Esta regla se aplica principalmente á las hipotecas, con ocasión de las cuales tendremos que desarrollar el principio que les sirve de base. V. á cont., § 162 Cf. § 122, hácia el fin.—V. también Fr. 98, D., *de reg. iuris* 50, 17. «*Quoties utriusque causa lucri ratio vertitur, is præferendus est, cuius in lucrum causa tempore præcedit.*»—Fr. 12, pr. D., *qui potiores in pign.* 20, 4.—L. 8, C., *eodem* 8, 18.—Fr. 26, D., *locati* 19, 2.

⁴ Fr. 126, § 2, D., *de reg. iuris* 50, 17. «*Cum de lucro duorum quærat, melior est causa possidentis.*»—Fr. 128, pr. D., *eodem*. «*In pari causa possessor potior haberi debet.*»—Fr. 9, § 4, D., *de Public. in rem act.* 6, 2. V. á cont., § 122 *in fine*.—Fr. 14, pr. D. *de noxal. act.* 9, 4.—Fr. 8, D., *de condict. ob turpem causam* 12, 5.

⁵ § 8, I., *de legatis* 2, 20.—Fr. 7, pr. D., *qui potiores in pign.* 20, 4.—Fr. 33, D., *de legatis I* (30).

⁶ § 23, I., *de legatis* 2, 20. «*Optionis legatum, id est, ubi tentator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium iusserat... In nostra constitutione additum est, ut, sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures heredes et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum... fortunam esse huius optionis iudicem, et sorte esse hoc dirimendum, ut, ad quem sors perveniat, illius sententia in optione præcellat.*»—L. 3, pr. C., *comm. de legatis* 6, 43.—Fr. 13, 14, D., *de iudiciis* 5, 1.—Fr. 5, D., *famil. ercisc.* 10, 2.—Fr. 24, § 17, D., *de fideic. libert.* 40, 5.

⁷ Fr. 36, D., *de dolo malo* 4, 3. «*Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.*»—Fr. 57, in f. D., *de contrah. emt.* 18, 1.—Fr. 39, D., *solutio matrimonio* 24, 3.—Fr. 42, 43, D., *de hered. instit.* 28, 5.

⁸ Fr. 80, D., *de regulis iuris* 50, 17.—«*In toto iure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.*»—Fr. 41, D., *de pænis* 48, 19.—Fr. 1, pr. D., *de auro argento legatis* 34, 2.

CÓMO SE ADQUIEREN LOS DERECHOS Y CÓMO SE PIERDEN.—DE LA SUCESIÓN
EN LOS DERECHOS DE OTRO.

§ 8.

La adquisición de un derecho supone siempre la reunión de las tres condiciones siguientes: 1.^a un sujeto, una persona que adquiere; 2.^a un objeto sobre el cual puede establecerse el derecho; y 3.^a un modo de adquirir.¹ En ciertos casos tenemos un derecho por el sólo hecho de nuestra existencia ó de que tal circunstancia exterior se haya verificado, por ejemplo; la cualidad de hijos ó de menor, el derecho que tenemos sobre los frutos que nuestra cosa produce sin que hayamos contribuido á ello. En otros casos debemos hacer un acto, al cual la ley atribuye como efecto la adquisición del derecho. Este acto puede ser el simple hecho del que lo adquiere; por ejemplo: la toma de posesión de una cosa que no tiene dueño; ó bien exige, además del hecho del adquirente, la existencia de otro hecho anterior ó contemporáneo; por ejemplo: la sucesión testamentaria que supone un testamento otorgado por el difunto y la adquisición hecha por el heredero, la tradición, etc.

Desde el momento que hemos adquirido un derecho, existe en nuestra persona y continúa existiendo mientras que sus elementos constitutivos subsisten (§ 1º). No hay que decir que un derecho deja de existir cuando la ley no lo reconoce ó deja de protegerlo². Los derechos pueden igualmente extinguirse por la pérdida del objeto. Esto es absolutamente verdadero para los derechos personales y reales. Al aplicar esta regla á los derechos de obligación, llegaríamos á la conclusión de que la muerte de la persona obligada debería producir el efecto de extinguir la obligación, puesto que el hecho de esta persona, una prestación, que debe hacer, es lo que constituye su objeto. Pero la ley ha establecido una ficción en virtud de la cual otras personas, llamadas á recoger los bienes del difunto, son consideradas como continuadoras de su persona, y por

¹ Al emplear la palabra indeterminada: *modo* de adquirir, hemos querido comprender todas las causas que dan principio á un derecho. Los Romanos no tienen un término general para expresar la misma idea; hacen uso de las palabras *causa* y *titulus*, á las que añaden el adjetivo *justo*, cuando quieren indicar que el modo de adquirir está conforme á la ley. *Iusta causa, iustus titulus*. GAYO, II, 20. 195.—ULPIANO, XIX, 7. 20. 21.—Fr. 159, D., *de reg. iuris* 50, 17.—§ 14, 1., *de usucap.* 2, 6.—L. 24, C., *de rei vind.* 3, 32.

² Verbi gracia; cuando la ley anula una institución que antes protegía. En esta categoría debe comprenderse la extinción de un derecho por prescripción (v. á cont., §§ 58 *sgg.*), y varios otros casos de los cuales trataremos á cont., §§ 123, 142, III, y t. II. § 298.

consiguiente, deudoras también de las obligaciones que el difunto tenía. Por fin, la extinción del derecho puede provenir de una causa que se refiera al sujeto. La muerte del sujeto extingue evidentemente los derechos puramente personales. En cuanto á los derechos patrimoniales (derechos reales y de obligación), la ley admite la ficción de que acabamos de hablar, haciéndolos pasar á los herederos, es decir, á los que son considerados como continuadores de la persona del difunto³. --Otras causas de extinción pueden resultar de la voluntad del sujeto, ya sea porque en el mismo momento en que se ha adquirido el derecho, se le haya sometido á cierto modo de extinción⁴, ó ya porque el que tiene el derecho lo renuncia. Si la voluntad se limita únicamente á este abandono, este cambio sobrevenido en la voluntad constituye una simple renuncia; pero á menudo, la persona que renuncia á un derecho lo hace con el objeto de que otra persona lo adquiera. En este caso, se dice que este último sucede en el derecho del primero, el cual, con relación á esta sucesión, recibe el nombre de autor, *auctor*⁵.

Se oponen á este modo de adquirir, que se llama derivado, los modos que no suponen la transmisión de una persona á otra y que se llaman modos de adquirir originarios. Aun cuando estos términos no estén consagrados en la terminología romana, la distinción es perfectamente justa y sobre todo de una gran importancia práctica, que se muestra particularmente cuando se considera la naturaleza de los derechos adquiridos. Cuando la adquisición es originaria, el derecho adquirido existe tal como la voluntad del adquiridor lo ha creado⁶. En el caso de sucesión, por el contrario, el adquiridor toma el derecho tal como su autor lo tenía. La cualidad y la extensión de su derecho están exactamente determinadas por la cualidad y la extensión del derecho del causante; especialmente las extensiones que se han podido dar al derecho del autor, así como las restricciones que han podido serle impuestas, son igualmente inhe-

³ Veremos á cont., que existen ciertos derechos patrimoniales que no pasan á los herederos, §§ 56. 126 y t. III, § 358.

⁴ V. á cont., § 94, n.º 3 y § 123, III; t. II, §§ 205; 249, Obs., y § 298; t. III, §§ 387. 401. 418. 421.

⁵ Fr. 3, § 2, D., *de itinere actuque privato* 43, 19. «In cuius locum hereditate, vel emptione, aliove quo iure successi.»—En cuanto á la palabra *auctor*, dudosa es su etimología. De ella trataremos más adelante cuando hablaremos de la usucapión (*usus, auctoritas*) y de la autorización del tutor. Aquí, basta decir que de ordinario se la hace derivar de *augere*. Algunos autores la ponen en relación con la palabra griega *αὐτός* y escriben *autor, autoritas*. V. á cont., t. I, § 110, nota 4; t. II, § 212, nota 25; t. III, § 342.—Entre los Romanos, el término *auctor* no se usa más que en las sucesiones *in singulas res*. V. á cont., nota 8. Sólo conocemos un texto en el cual se hace aplicación de él á una *successio per universitatem*. *Consultatio veteris iuris* 6.

⁶ Esta regla está fundada en la naturaleza de las cosas. No hay sino una sola excepción, de que hablaremos cuando se trate de los efectos de la usucapión. V. á cont., § 115.

rentes al derecho del sucesor. A esta consecuencia se refiere el aforismo conocido: *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*⁷.

En la adquisición por sucesión, los Romanos establecen todavía una distinción que domina la materia. El objeto de la sucesión puede ser uno ó muchos derechos determinados, ó bien el patrimonio entero del autor, es decir, el conjunto de derechos que se refieren á su persona, tanto los que le pertenecen como los que otros pueden tener contra él. En el primer caso, se dice que hay *successio in rem, in singulam rem, in singulas res*; en el segundo caso, la sucesión se hace *per universitatem, in universum ius*⁸. A estos términos responden las palabras modernas sucesión á título particular y sucesión universal ó á título universal. Sería difícil explicar aquí toda la importancia de esta distinción; nos limitaremos á indicar la principal consecuencia práctica que de ella se deriva, reservándonos dar los pormenores más adelante cuando se presente ocasión. En la *successio per universitatem*, el adquiridor sucede en todos los derechos que se refieren á la persona de su autor: por consiguiente, adquiere todos los derechos reales, lo mismo que los derechos de obligaciones; pero, recíprocamente, es también responsable respecto de los terceros de todas las obligaciones que el autor podía tener contraídas con relación á ellos, viene obligado al pago de las deudas de su autor. Los Romanos expresan enérgicamente esto, diciendo que el sucesor continúa la persona de su autor. En la *successio in singulam rem*, por el contrario, el derecho, objeto de la sucesión, pasa al sucesor tal como el autor lo tenía, y particularmente con las restricciones y cargas que pueden haber sido impuestas al derecho; pero el sucesor no entra en las cargas que pueden incumbir al autor fuera de este derecho, no sucede en sus obligaciones personales, ni está obligado á sus deudas.

En el antiguo derecho romano, había numerosos casos de *successio per universitatem*⁹; en el derecho nuevo sólo quedan dos especies á saber:

⁷ Fr. 54, D., *de regulis iuris* 50, 17. — V. también Fr. 59, D., *eodem*. «Heredem eiusdem potestatis iurisque esse, cuius fuit defunctus, constat.»—Fr. 175, § 1, D., *eodem*. «Non deheo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit.»—Fr. 177, pr. D., *eodem*. «Qui in ius dominiumve alterius succedit, iure eius uti debet.»

⁸ Fr. 1. § 13, D., *quod legatorum*. 43, 3. «In locum successisse accipimus; sive per universitatem, sive in rem his sit successum.»—GAYO, II, 97. 98.—§6, I., *per quas personas nobis acquiritur* 2, 9.—Fr. 8, D., *de iureiurando* 12, 2.—Fr. 3, § 1, D., *de exceptione rei venditæ et traditæ* 21, 3.—Fr. 24, § 1, D., *de damno infecto* 39, 2.

⁹ En algunos de estos casos, la sucesión tiene lugar en el patrimonio de una persona todavía viva, *inter vivos*; en otros, el objeto de la sucesión es el patrimonio de una persona difunta: se hace *mortis causa*. Se tratará de esta última categoría en el libro quinto. En cuanto á las *successiones per universitatem*, que se hacían *inter vivos*, las trataremos cuando se presente ocasión en el curso de nuestra explicación,

la confiscación de los bienes, que opera una sucesión universal á favor del fisco ¹⁰, y la herencia, es decir, la sucesión universal en el patrimonio de un difunto, cuyo sucesor viene á ser heredero ¹¹.

TÍTULO SEGUNDO.

DE LAS PERSONAS.

OBSERVACIONES GENERALES.

§ 9.

Todo derecho supone siempre necesariamente un sujeto al cual compete. Este sujeto se llama *persona* ¹. La misma palabra sirve igualmente para designar la capacidad de tener derechos en general ó de tener y ejercer tal derecho determinado. En este último sentido se dice que un hombre puede *sustinere plures personas* ². Así, en el funcionario del Estado, se puede distinguir la cualidad de persona pública y la de particular; un tutor puede obrar ya sea por sí mismo, ya por su pupilo. Importa distinguir estas diversas cualidades cuando se trata de apreciar un acto cualquiera, tanto en orden á la validez del acto, como al de los efectos que puede producir. En general, lo que un individuo hace en una de estas cualidades no influye sobre la otra cualidad, ni en favor ni en contra ³.

á saber: de la *bonorum sectio*, á cont., § 97, IV; de la del *bonorum emptor*, en el t. II, § 290; de la por *in manum conventio* y por arrogación, en el t. III, §§ 310 y 327; de la en virtud del senado consulto de Claudio, en el t. III, § 335, n.º 3 La confiscación presenta poco interés para el derecho particular. V. la nota que sigue.

¹⁰ La confiscación no ofrece ningún interés teórico ni práctico; bastará indicar los títulos de nuestras fuentes que tratan de esta materia: tit. Th. C., *de bonis proscriptorum s. damnatorum* 9, 42; D., *de bonis damnatorum* 48, 20; I. C., *eodem* 9, 40.

¹¹ V. á cont., t. III, §§ 358-413 y §§ 445-448.

¹ Este es el sentido técnico de la palabra *persona*. En este sentido TRÓPILIO, ad § 2, I, *de hered institut.* 2, 14, llama á los esclavos ἀπόσωποι, *personam non habentes*. V. todavía EL MISMO, ad Pr. I, *de stipul. servor.* 3, 17 — *Nov. Theod.*, 24, § 2. «Servos... quasi nec personam habentes.»—No obstante, en los Fr. 2, 3, D., *de statu hominum* 1, 5, se clasifican las *personæ* en *hombres libres* y en *esclavos*; GAYO, I, 120, 121, trata de las *serviles personæ*; y, en algunos pasajes se hace uso de lo palabra *persona* cuando se trata de esclavos. V. á cont., § 11, OBS. 1. y t. III, §§ 333 y 346.

² Hallase el término en Cíc., *de oratore*, II, 24. «Itaque... tres personas unus sustineo summa animi æquitate, *meam, adversarii iudicis.*»

³ En los numerosos ejemplos que podrian servir para explicar esta regla, nos limitaremos á los dos siguientes: Fr. 2, D., *de officio consulis* 1, 10. «*Consules apud se servos suos manumittere posse, nulla dubitatio est. Sed si evenerit, ut minor XX annis consul sit, apud se manumittere non poterit, cum ipse sit, qui ex senatuscon-*

En derecho natural el único sujeto del derecho, es el hombre; de manera, que todos los hombres tienen derechos. Las palabras *hombre* y *persona* son sinónimas. Mas el derecho romano ha establecido excepciones en este principio general, ya restringiéndolo, ya extendiéndolo. En efecto, ha privado á ciertos hombres de la facultad de tener derechos, á saber, los esclavos, *servi*; en cambio, ha concedido esta facultad á seres que no son individuos humanos. Llámense estos últimos personas civiles ó morales, por oposición á las personas físicas, término por el cual se designa el hombre capaz de tener derechos ⁴.

DE LAS PERSONAS FÍSICAS.

§ 10. De la personalidad física

Para que un individuo pueda tener la cualidad de *persona*, es preciso que haya nacido vivo y haya nacido hombre ¹.

Bajo este último concepto, la ley niega todo derecho á los monstruos que carecen de forma humana. Otras irregularidades de conformación menos graves no privan de la capacidad personal al individuo á que afectan ². Los comentadores han sostenido que la formación de la cabeza es el signo característico para distinguir los monstruos, pero la ley nada dice. Esta regla ha sido forjada con el auxilio de una interpretación

sulto consilii causam examinat: apud collegam vero causa probata potest.»—§ 4, l., *qui et quibus ex causis*. 1, 6.—§§ 4. 5. l., *de inofficioso testamento* 2, 18. «Si tutor nomine pupilli, cuius tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere. Sed si, e contrario, pupilli nomine, cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit, et superatus est, ipse, quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit.» Para comprender este último pasaje, es preciso saber: 1.º que los hijos cuyos padres les han perjudicado en sus derechos de herencia con su testamento, pueden discutir la validez del mismo por ser *inofficioso* pero pierden implícitamente este derecho aceptando cualquier ventaja que se les proporcione con dicho testamento; 2.º que la persona que ha perdido el pleito contra el testamento, pierde todas las ventajas que dicho testamento podía proporcionarle. V. á cont., t. III, § 392.

⁴ Los Romanos usan á este efecto de los términos siguientes: *personæ vicem sustinet*, *personæ vice fungitur*, § 2, l., *de hered. instit.* 2, 14.—Fr. 22, D., *de fideiussoribus* 46, 1.

² Fr. 129, D., *de verborum signific.* 50, 16.—Fr. 15, D., *de statu hominum* 1, 5 y la nota que sigue.

¹ PAULO, IV, 9, 3. 4.—Fr. 14, D., *de statu hom.* 1, 5. «Non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus: et ideo inter liberos connumerabitur.»—Fr. 12, § 1, D., *de liberis et postumis* 28, 2.—L. 3, in f. C., *de postumis heredibus instituendis* 6, 29. V. sin embargo, más arriba n.º 176.—Encontramos además los términos *ostentum*, *portentosus*, para designar los partos más ó menos monstruosos. Fr. 38, l. 5, D., *de verb. signif.* 50, 16.

aventurada de un pasaje del Digesto que no tiene la menor relación con nuestra materia ³.

Entiéndese que un hombre ha nacido vivo si, habiendo sido llevado durante el tiempo fijado por la naturaleza, en el seno de su madre ⁴, ha respirado después de haber sido desprendido de él ⁵. Parece que antiguamente algunos jurisconsultos habían exigido que el niño hubiese gritado; pero Justiniano rechaza esta opinión, de acuerdo en esto con los Sabinianos ⁶. Mientras que el niño no ha nacido, no tiene una existencia separada; es considerado como formando parte de su madre ⁷. No obstante, por una ficción de derecho, el niño concebido es considerado como ya nacido, cuando se trata de sus intereses, *nasciturus pro iam nato habetur, quando de eius commodo agitur* ⁸. En el curso de la obra, tendremos ocasión de hacer constar diversas aplicaciones de esta regla. Aquí nos limitamos á señalar las dos siguientes: a) un niño concebido puede ser instituido heredero y legatario; b) si uno muere dejando su viuda en cinta, la ley quiere que, en la división de la sucesión, se reserve una parte para el niño que habrá de venir ⁹.

El hombre conserva hasta su muerte la personalidad que ha adquirido al nacer, salvo las modificaciones que esta personalidad puede sufrir y que exponremos en los párrafos siguientes. La muerte de una persona no se presume, sino que debe ser probada ¹⁰. Esta prueba es muchas veces difícil de hacer, sobre todo, cuando se trata de determinar el momento en que el fallecimiento ha tenido lugar, momento que muchas veces importa en gran manera hacer constar con toda precisión,

³ Fr. 44, pr. D., *de religiosis* 11, 7. «Cum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit: quia una sepultura plura sepulcra efficere non potest; mihi autem videtur, illum religiosum esse, ubi, quod est principale, conditum est: id est caput, cuius imago fit, inde cognoscimur.» Cf., á cont., § 25, nota 13.

⁴ PAULO, IV, 9, 1 «Matres... ter et quater peperisse sufficere, dummodo vivos et pleni temporis pariant.» 6. «Abortus vel abactus venter partum efficere non videtur.» —§ 1, I., *de liberis exheredandis* 2, 13.—L. 2, C., *de postumis heredibus instituendis* 6, 29.—L. 3, C., *eodem*. «... si vivus perfecte natus est.»

⁵ Fr. 7, D., *de statu hominum* 1, 5.—Fr. 12, pr. D., *de liberis et postumis* 28, 2. «et si exsecto ventre editus sit.»—Fr. 6, pr. D., *de inofficioso testamento* 5, 2.—Fr. 129, 141, D., *de verb. signif.* 50, 16.

⁶ L. 3, C., *de postumis heredibus instituendis vel exheredandis* 6, 29.

⁷ Fr. 9, § 1, D., *ad legem Falcid.* 35, 2. «... Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur»—Fr. 1, § 1, D., *de inspici. ventre* 25, 4. «... Partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum.» Cf. Fr. 12, D., *de liberis et postumis* 28, 2.—Fr. 30, § 1, D., *de adquir. hereditate* 29, 2.—Fr. 1, § 8, D., *unde cognati* 38, 8.

⁸ GAYO, I, 89-91.—Fr. 7, 26, D., *de statu hominum* 1, 5.—Fr. 24, § 5, D., *de iudiciis* 5, 1.—Fr. 3, D., *si pars hereditatis petatur* 5, 4.—Fr. 33, § 1, D., *de adquir. hereditate* 29, 2.—Fr. 7, pr. D., *de rebus dubiis* 34, 5.—Fr. 7, D., *de suis et legitimis* 38, 16.—Fr. 36, D., *de solutionibus*, 45, 3.—Fr. 231, D., *de verb. signif.* 50, 16. Cf. Fr. 141, 153, D., *eodem*.

⁹ A) V. á cont., t. III, § 361, n.º 4; 376, nota 5; 383, C.; 419, C.—B) V. á cont., t. III, § 406, OBSERVACIONES.

¹⁰ Nov. 117, c. 11.

particularmente cuando muchas personas respectivamente llamadas á la sucesión una de otra, perecen en un mismo acontecimiento ¹¹. Si se trata de padres é hijos, el derecho romano admite como presunción, que el hijo púbero ha sobrevivido á sus padres, y que el impúbero ha muerto antes que ellos ¹².

OBSERVACIÓN.—A las dos condiciones que acabamos de indicar, la mayor parte de los jurisconsultos modernos suelen añadir una tercera: exigen que el niño haya nacido viable, *vitalis*. ¿Pero cómo debe entenderse esta frase? Generalmente se dice que un niño no es viable si no ha nacido á lo menos seis meses ó 182 días después de su concepción. Esta manera de ver es evidentemente inadmisibile, puesto que hace depender la existencia de una condición que pretenden ha de ser esencial, de un hecho cuya averiguación precisa es absolutamente imposible. Los textos que se invocan en su apoyo, tratan de una hipótesis que nada tiene de común [con nuestra materia ¹³. Por esto dicen otros, que es preciso, en cada caso particular, examinar si existen las condiciones fisiológicas de la viabilidad. Puesta en estos términos la cuestión, es discutible *á priori*, y el legislador francés ha creído en efecto que debía hacer de la viabilidad una condición esencial de la personalidad humana ¹⁴. No obstante, como por una parte nuestras leyes no se expresan de la misma manera ¹⁵, y por otra las investigaciones de que se trata, bien difíciles y á menudo inciertas en el estado actual de las ciencias médicas, eran probablemente desconocidas de los Romanos, hemos preferido seguir la opinión expuesta en el párrafo que precede y según la cual basta

¹¹ Fr. pr. 9, § 3. Fr. 10, § 1. Fr. 16. 17, D., *de rebus dubiis* 34, 5.—Fr. 18, pr. D., *eodem*. «... Si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervivisse.»—Fr. 32, § 14, D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1.—Fr. 34, D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1.—Fr. 26, D., *de donationibus mortis causa* 39, 6.

¹² Fr. 9, § 1. 2. 4. Fr. 16, pr. Fr. 22. 23, D., *de rebus dubiis* 34, 5.—Fr. 26, pr. D., *de pactis dotalibus* 23, 4.—Fr. 32, § 14, D., *de donationibus inter virum et uxorem* 24, 1.—Algunas decisiones especiales se encuentran: con relación al derecho de patronato en Fr. 9, § 2. D., *de rebus dubiis* 34, 5, y con relación al fideicomiso, en Fr. 17, § 7, D., *ad Sc. Trebellianum* 36, 1.

¹³ Se trata efectivamente, de la cuestión de saber si un niño nacido en un momento dado puede ser considerado como habiendo sido concebido en otro momento anterior á los seis meses cumplidos. PAULO IV, 9, 5 (6).—Fr. 12, D., *de statu hom.* 1, 5.—«Septimo mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse.» Cf. Fr. 3, § 12, D., *de suis et legitimis* 38, 16, y á cont., § 14, nota 3.

¹⁴ Código Napoleón, art. 725. 906.

¹⁵ Algunos han sostenido lo contrario por causa de las expresiones *pleni temporis* y *perfecte natus*, que se encuentran en el pasaje ya citado en la nota 4; pero dichas locuciones forman simplemente una antitesis con la palabra *abortus*.

ser vivo aunque no hubiere vivido más que un momento ¹⁶, para ser persona, y por consiguiente, capaz de derechos.

§ 11. *De la capacidad civil.—Libertad, Ciudad, Familia (Homines sui, alieni iuris).—Capitis deminutio †.*

I. El parto humano que reúne las condiciones expuestas en el párrafo precedente, es hombre. Pero para que sea persona, es decir, capaz de tener derechos, la ley romana exige además que sea libre. Este principio nos da la gran división de los hombres en libres y esclavos, *liberi, servi* ¹. Los esclavos no tienen capacidad de adquirir ni de tener derechos; los hombres libres gozan de esta capacidad. Los esclavos pueden ser puestos en libertad y adquirir así la cualidad de personas. En sentido contrario, el hombre libre puede ser reducido á ser esclavo ². Este cambio del estado de libertad por el de esclavitud se llama *capitis deminutio maxima* ³.

II. Los hombres libres son capaces de tener derechos. Pero no todos lo son en el mismo grado. Hay derechos que sólo existen por el *ius civile* de los Romanos, mientras que otros están fundados en el derecho natural, *ius gentium* (§ 2). Los primeros están reservados á los ciudadanos romanos ⁴; los extranjeros, *peregrini*, no pueden pretender otros derechos que los de la segunda categoría. Entre los ciudadanos y los extranjeros habia una clase intermedia, los Latinos, que gozaban de una parte de los derechos que se derivaban del *ius civile*. Tenian el *commercium*, es decir, la facultad de adquirir bienes y disponer de ellos según el derecho romano ⁵; pero no tenían el *connubium*, esto es, la capacidad de contraer matrimonio civil y de adquirir los derechos que resultan de él, á saber: la patria potestad y el parentesco civil, el cual únicamente daba origina-

¹⁶ L. 2, C., *de postumis* 6, 29. «...quamvis natus ilico decesserit».—L. 3, C., *eodem* «...licet ilico, postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decesserit».

† GAYO, I, 159-162 —ULPIANO, XI, 10-13.—Tit. I., *de capitis deminutione* 1, 16.—Tit. D., *de capite minutis* 4, 5.

¹ GAYO, I, 19.—Pr. I., *de iure personarum* 1, 3.—Fr. 3, D., *de statu hominum* 1, 5.

² Los detalles relativos á la condicion de los esclavos y del modo con que se establece y termina la esclavitud, encuéntrase á cont., t. III, §§ 333-377.

³ § 1, I, *hoc titulo* 1, 16.—Fr. 11, D., *eodem* 4, 5.

⁴ Esto no quiere decir que no hayan disfrutado los ciudadanos de los derechos del *ius gentium*. Cf. más arriba, n.º 74. 75. Sin embargo, encontramos que, á lo menos hasta Trajano, el Latino que venia á ser ciudadano, necesitaba de una concesión particular para conservar sus derechos de cognación. PLINIO, *Panegy.*, c. 37. 39. Cf. TABLA DE SALPENSA, c. 21. 22. 23.

⁵ Sin embargo, la categoría de los Latinos designados con el nombre de *Latini Iuniani* no disfrutaba del *commercium* en toda su extensión en lo que se refiere á las herencias por causa de muerte. V. más arriba, n.º 156, y á cont., t. III, §§ 336 sg. 370.

riamente el derecho de suceder en los bienes de una persona fallecida sin testamento ⁶.

Hemos visto más arriba como se han formado y desarrollado estos grados de capacidad civil; en el curso de la obra, mostraremos la influencia que esta división ha ejercido sobre las diferentes instituciones del derecho romano. Aquí podemos limitarnos á indicar muy someramente cómo se adquiría y se perdía el derecho de ciudadanía ⁷.

El derecho de ciudadanía se adquiría: 1° por el nacimiento. En el matrimonio legítimo, *iustæ nuptiæ*, el hijo seguía el estado del padre y era ciudadano si el padre lo había sido en el momento de la generación ⁸. El hijo nacido de las relaciones que no constituían *iustæ nuptiæ* seguía la condición de la madre en el momento del nacimiento del hijo ⁹; 2° por la manumisión válida y regular ¹⁰. El esclavo de un ciudadano romano venía á ser ciudadano si su dueño lo manumitía observando las formalidades prescritas por la ley. Esta regla fué modificada por las leyes *Ælia Sentia* y *Iunia Norbana*, según las cuales, en ciertos casos, el manumitido no adquiría más que la cualidad de extranjero, *peregrinus dedititius* ó de Latino, *Latinus Iunianus* ¹¹. Justiniano restableció el antiguo principio, según el cual, el esclavo válidamente manumitido pasaba á ser de pleno derecho ciudadano romano ¹²; 3° el derecho de ciudadanía se concedía frecuentemente como favor, ya á ciudades enteras, ya á individuos ¹³; 4° por fin, diversas disposiciones legislativas, del tiempo de los emperadores facilitaron la adquisición del derecho de ciudadanía. La mayor parte de estas disposiciones conciernen á los Latinos ¹⁴; importa, no obstante,

⁶ V. los detalles más arriba, n.º 74. 75. 76.

⁷ V. también más arriba, n.º 77. 157.

⁸ V. á cont., t. III, § 327.

⁹ CIC., *topica* 4. «Si mulier, cum fuisset nupta cum eo quicum conubium non esset, nuntium remisit, quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur...»—GAIUS, I, 68. 80. 88 y siguientes.—ULPIANO, V, 8-10.—Fr. 24, D., *de statu hominum*, 1, 5.—Una ley designada en los manuscritos con los nombres de *Minicia* y *Mensia*, rehusa la cualidad de ciudadano al hijo nacido del matrimonio de una ciudadana romana con un extranjero. Fué modificada esta disposición por un senado consulto bajo Adriano. ULPIANO, V, 8. «Conubio interveniente liberi semper patrem sequuntur, non interveniente conubio matris conditioni accedunt: excepto eo qui ex peregrino et cive romana peregrinus nascitur, quoniam lex Minicia (Mensia) ex alterutro peregrino natum deterioris parentis condicionem sequi jubet.»—GAYO, I, 77, 78. 79. Otras particularidades que se relacionan con esta cuestión, se encuentran en GAYO, I, 30. 66. 80 sgg., y ULPIANO, III, 3. V. también á cont., t. III, § 336, n.º 2.—No se debe perder de vista que puede, un hijo natural, en el derecho nuevo, adquirir la cualidad de hijo legítimo por medio de la legitimación, t. III, § 329.

¹⁰ V. á cont., t. III, § 337.

¹¹ V. más arriba, n.º 77. 156, y á cont., t. III, § 337.

¹² L. 1, C., *de dediticia libertate tollenda* 7, 5.—L. 1, C., *de latina libert. toll.* 7, 6.

¹³ V. más arriba, n.º 77. 156.

¹⁴ Ya en tiempo de la república, los Latinos, bajo este concepto, gozaban de va-

señalar dos que tienen un carácter más general: a). Aquel que, habiendo sido manumitido antes de tener la edad de treinta años y sin haber adquirido por la manumisión el derecho de ciudadanía, se hubiese casado con una Romana ó una Latina y tuviese de este matrimonio un hijo de un año de edad, *anniculus*, podía, según una disposición de la ley *Ælia Sentia*, adquirir el derecho de ciudadanía para sí, y en su caso, para su mujer y su hijo, así como la potestad sobre este último, probando su matrimonio y la existencia del hijo, *causæ probatio*. La ley *Junia Norbana*, confirmó esta disposición para los *Latini Iuniani*, y un senadoconsulto del tiempo de Vespasiano, abolió la restricción de la edad de los treinta años ¹⁵. b). El ciudadano que se había casado con una mujer extranjera ó latina, creyéndola romana, podía adquirir el derecho de ciudadanía para su mujer y sus hijos, probando su error ante la autoridad competente, *erroris causæ probatio* ¹⁶.

Se perdía el derecho de ciudadano: 1° perdiendo la libertad ¹⁷. Sin embargo, si un Romano, hecho prisionero de guerra, volvía á su país, se le consideraba por una ficción, como si hubiese sido siempre libre y ciudadano romano, *ius postliminii*. Del mismo modo, la restitución por entero contra una condenación criminal tenía un efecto retroactivo al día de la condenación ¹⁸; 2° renunciando la cualidad de ciudadano romano, lo que tenía lugar cuando se hacía admitir como ciudadano en otro Estado ¹⁹; 3° en virtud de la condenación al destierro, *aqua et igni interdictio* ²⁰, á la deportación ²⁰.

rios privilegios. V. más arriba, n.º 77. Los que en tiempo de Alejandro Severo les correspondían, están enumerados por *ULPIANO*, título III. Cf. *GAYO*, I, 29-31.

¹⁵ *GAYO*, I, 29-31. 66. — *ULPIANO*, III, 3. — V. á cont., § 327, nota 5, y § 336, nota 31.

¹⁶ *GAYO*, I, 67-75. — *ULPIANO*, VII, 4. — V. á cont., § 327, nota 5.

¹⁷ V. con respecto á este particular, á cont., t. III, § 335, en el que trataremos de como se establece la esclavitud. Cf. más arriba, n.º 77 *in fine*, y *TITO-LIVIO*, XXII, 60. — *CÉSAR*, *de bello civili*, II, 32. — *FESTO*, v. *Deminutus*. — *GAYO*, I, 90. 128. — Fr. 4. 5. § 1, D., *de captivis* 49, 15. — Fr. 1, § 2. 3. 4, D., *de legatis III* (32). — Fr. 2, § 1. Fr. 17. § 1, D., *de pænis* 48, 19. — Fr. 5, § 3, D., *de extr. cognit.* 50, 13.

¹⁸ A) Fr. 4, D., *de captivis et postliminio* 49, 15. V. para los detalles, á cont., § 98, y t. III, §§ 332 y 335. — B) L. 1. 3. 6, C., *de sententiam passis et restitutis* 9, 51.

¹⁹ V. más arriba, n.º 77 y *CIC.*, *pro Balbo*, 11. «Duarum civitatum civis esse, nostro iure civili, nemo potest: non esse huius civitatis civis, qui se alii civitati dicarit, potest.» — *EL MISMO*, *ibid.* 12. 13, *pro Cæcina*, 33. 34. «Nam cum ex nostro iure duarum civitatum nemo esse possit, tum amittitur et civitas denique, cum is, qui profugit, receptus est in exilium, hoc est in aliam civitatem.» — *EL MISMO*, *de oratore*, I, 40. — *BOECIO*, *in Topica* 4. — Por la misma razón el esclavo prisionero de guerra que, con la manumisión había obtenido el derecho de ciudad, lo perdía volviendo á su tierra, adquiriendo de nuevo su antigua nacionalidad en virtud del *ius postliminii*. *CIC.*, *pro Balbo*, 11. 12. — Fr. 5, § 3, D., *de captivis* 49, 15.

²⁰ V. más arriba, n.º 77. 164.

El ciudadano romano que perdía su derecho de ciudadanía, sufría una *capitis deminutio*, que se llama *media* ó *minor* ²¹.

III. Entre los *cives* mismos, hay una diferencia fundamental de capacidad. Unos son *sui iuris*, y otros *alieni iuris*, es decir, sometidos á la potestad de un tercero ²². Esta división está fundada en la organización de la familia romana, cuya naturaleza debemos dar á conocer sumariamente, sin perjuicio de dar los pormenores en el libro cuarto. Conforme al espíritu de individualismo que caracteriza el derecho romano, toda la familia se resumía en una sola persona, el jefe de la familia, *paterfamilias* ²³. Todas las personas que están en la familia le pertenecen, ya por haber sido su autor, por ejemplo, sus hijos, ó ya por haberlos adquirido, por ejemplo, su mujer, sus esclavos.—Es probable que al principio, el estado de sumisión era el mismo para todos los miembros de la familia. En lo sucesivo, se distinguían diversas especies de sumisión, á saber: 1º el poder del marido sobre su mujer, *manus*; 2º la potestad del padre sobre sus hijos, *patria potestas*; 3º el poder del dueño sobre sus esclavos, * *dominica potestas*; 4º el poder que un ciudadano podía tener sobre otro ciudadano, que desde entonces le pertenecía casi como un esclavo, pero sin perder la libertad ni aun el derecho de ciudadanía, *mancipium* ²⁴. Nos reservamos dar á conocer más adelante, en el derecho de familia, la naturaleza de estas diversas instituciones y mostrar como la *manus* y el *mancipium* han desaparecido, de suerte que en el derecho nuevo no queda más que la potestad paterna y la del dueño sobre el esclavo. Basta exponer aquí la influencia que el estado de sumisión ejercía sobre la capacidad de las personas que se encuentran en ella. Esta dependencia no les privaba, excepto á los esclavos, de su personalidad, ni aun de su derecho de ciudadanos. Así, bajo el concepto político, el hijo, aunque sometido á la potestad del padre, era su igual ²⁵; el *mancipium*,

²¹ GAYO, I, 161.—ULPIANO, XI, 12.—§ 2, I., *de cap. demin.* 1, 16.—Fr. 11, D., *de cap. min.* 4, 5. Cf. Fr. 1, § 4, D., *de suis et legitimis* 38, 15.—He aquí porque Regulus, hecho prisionero de guerra por los Cartagineses es llamado *capitis minor*, por HORACIO, *Odes*, III, 5, 42.

²² GAYO, I, 48.—Pr. I., *de his qui sui vel alieni iuris sunt* 1, 8.—Fr. 1, pr. D., *eodem* 1, 6.

²³ Para evitar toda equivocación hacemos notar que la cualidad de *paterfamilias* pertenece á todo ciudadano *sui iuris*, aún cuando no tenga ninguna familia en el sentido moderno de esta palabra. El niño que acaba de nacer es *paterfamilias*, si no se encuentra bajo el poder de alguien. V. para los detalles, á cont., t. III, §§ 325 y siguientes.

²⁴ GAYO, I, 49. «Sed rursus earum personarum, quæ alieno iuri subiectæ sunt, aliæ in potestate, aliæ in manu, aliæ in mancipio sunt. 52. In potestate itaque sunt *servi dominorum*... 53. Item in potestate nostra sunt *liberi nostri*»—EL MISMO, I, 142. II, 86. 96. III, 163.—ULPIANO, XIX, 18. XXIV, 23 sgg.—V. t. III, §§ 325; 326 sgg. 333 sgg. 338. 339.

²⁵ TITO-LIVIO, XXIV, 44.—VALERIO-MAXIMO, II, 2, 4.—AULO-GELIO, II, 2.—Fr. 9,

sólo provisionalmente estaba privado de los derechos políticos. En cuanto á los derechos civiles, la mujer *in manu*, el hijo bajo potestad y el *mancipium*, gozaban del *conubium* y del *commercium*, y podían adquirir y obligarse en virtud de estas dos atribuciones. Pero todo lo que adquirían pertenecía al jefe, *paterfamilias*, de la misma manera y por el mismo motivo que el producto de nuestra cosa pasa á ser nuestra propiedad²⁶. Con relación á las adquisiciones, de cualquier naturaleza que sean, toda la familia está absorbida en la personalidad del jefe; los demás miembros no tienen personalidad más que por él; no forman más que una persona con el jefe²⁷. Sin embargo, aun cuando pueden aumentar el patrimonio de la familia, es decir, del jefe, la ley no les reconocía capacidad de obligar á este último por sus actos²⁸.—Estas reglas son comunes á todas las personas sometidas á una potestad.

En estas relaciones de familia, hay también una *capitis deminutio* llamada *minima*²⁹. La palabra *capitis deminutio* parece indicar una disminución de capacidad, y tal es, realmente, el sentido de la palabra; no obstante, con relación á la familia, este término se emplea también en algunos casos en que la operación que designa, lejos de reducir, puede aún aumentar la capacidad de la persona que la sufre. Por esto se ha dicho que la *capitis deminutio* era un simple cambio de estado³⁰. Pero fácil

D., *de his qui sui vel alieni iuris sunt* 1, 6. «Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, velut si magistratum gerat, vel tutor detur.»—Fr. 3, D., *de adopt.* 1, 7.—Fr. 77, 78, D., *de iudiciis* 5, 1.—Fr. 13, § 5. Fr. 14, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1.

²⁶ GAYO, II, 86. «Adquiritur autem nobis non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate, manu, mancipiove habemus.»—ID., III, 163.—ULPIANO, XIX, 18. «Adquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate, manu, mancipiove habemus. Itaque si quid, mancipio puta, acceperint aut traditum eis sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet. 19. Item si heredes instituti sint, legatumve eis sit, et, hereditatem iussu nostro adeuntes, nobis adquirunt, et legatum ad nos pertinet.»—Tit. I., *per quas personas nobis adquiritur* 1, 9.—Tit. I., *per quas personas nobis oblig. adquiritur* 3, 28.

²⁷ Justiniano dice en la L. 11, C., *de impub. et aliis substit.* 6, 26. «Cum et natura pater et filius eadem esse persona pœne intelligantur.» Sin embargo, hay que notar que, en este pasaje no se trata del poder paterno.—§ 4, in f. I., *de inutil. stipulat.* 3, 19. «...Quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur in iis rebus quæ tibi adquiri possunt.»

²⁸ Fr. 133, D., *de regulis iuris* 50, 17. «Melior condicio nostra... fieri potest, deterior fieri non potest.»—Pero pueden ellos obligarse personalmente, puesto que tienen, en la generalidad, completa capacidad jurídica, salvo en lo que, por causa de muerte, se refiere á las disposiciones por testamento. V. á cont., t. II, § 235, OBSERVACIÓN; t. III, §§ 331, 381.

²⁹ GAYO, I, 159-162.—§ 3, I., *de capitis deminutione* 1, 16.—Tit. D., *de capite minutis* 4, 5.

³⁰ FESTO, v. *Deminutus*.—BOECIO ad CIC., *topica*, c. 4.—GAYO, I, 159.—ULPIANO, XI, 13.—PAULO, I, 7, 2. III, 6, 29.—Pr. § 3, I., *de cap. demin.* 1, 16.—Fr. 2, D., *de in int. rest.* 4, 1.—Fr. 9, § 4, D., *de minor.* 4, 4.—Fr. 1, 3, pr. 7, pr. 11, D., *de cap. min.* 4, 5.—Fr. 4, § 10, D., *de gradibus et adfinibus* 38, 10.—L. 28, C., *de liberali causa* 7, 14.

es convencerse de que, según las ideas originarias, toda *capitis deminutio* supone una verdadera degradación³¹. Así, en la emancipación, acto por el cual el padre de familia libra de la potestad paterna al hijo, lejos de ser éste reducido á una condición inferior, adquiere una capacidad mayor, puesto que de *alieni iuris* que era, pasa á ser *sui iuris*. Pero es preciso no perder de vista que, para obtener este resultado, ha debido sufrir una verdadera degradación, pues la manumisión no podía tener lugar sino por medio de una venta, *mancipatio*, que colocaba el hijo en el estado de *mancipium*, estado análogo al del esclavo³². Así no se habla de *capitis deminutio* cuando el hijo sale de la potestad paterna, sin pasar por el estado de *mancipium*, por ejemplo, después de la muerte del padre ó cuando es llevado á ciertas dignidades sacerdotales³³.

En resumen: 1.º Los hombres son libres ó esclavos. El hombre libre que pasa á ser esclavo, sufre la *capitis deminutio maxima*. 2.º Los hombres libres son ó no *cives*. El ciudadano que pierde el derecho de ciudadanía, sufre la *capitis deminutio media* ó *minor*. 3.º Los *cives* son ó *sui* ó *alieni iuris*. El hombre *sui iuris* que pasa á ser *alieni iuris* sufre la *capitis deminutio minima*. La misma disminución tiene lugar siempre que hay un cambio en las relaciones de familia, operado por medio del tránsito por un estado inferior, aun cuando, en último resultado, la operación produjera la adquisición de un estado superior³⁴.

³¹ Se han hecho valer los pasajes citados en la nota precedente en contra de la apreciación que DE SAVIGNY ha desarrollado de un modo ingenioso y que, sin embargo, cuenta con muchos más antagonistas que partidarios. Ni uno de estos pasajes contradice nuestra opinión, tal como la hemos formulado en el texto, exceptuando el Fr. 3, pr. D., de *capite minutis* 4, 5, en que PAULO, hablando de los hijos del hombre *sui iuris* que se hace arrogar, dice: «liberos... placet minui caput (ó *capite*), cum in aliena potestate sint et cum familiam mutaverint.» Estos hijos, en efecto, no sufren ningún perjuicio, ni aún transitorio. Pero, ante la gran probabilidad de nuestra explicación, bien debe permitirse nos dudar de la exactitud de esta proposición aislada, tan mal motivada (*cum in aliena potestate sint*) y errónea y careciendo de toda importancia práctica. V. DE SAVIGNY, *System.*, t. II, Apéndice VI.

³² Fr. 3, § 1, D., de *cap. min.* 4, 5. «Emancipato filio et ceteris personis, capitis minutio manifesto accidit; cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus.» (GAYO, I, 132. 162.—ULPIANO, I, 1).—GAYO, I, 138. «Ii, qui in causa mancipii sunt... servorum loco habentur.»

³³ Fr. 3, § 4, D., de *Sc. Maced.* 14, 6 «Si a filiofamilias stipulatus sim et patrifamilias facto crediderim, sive capite deminutus sit, sive morte patris, sive alias *sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus...*»—GAYO, III, 114. «...Si sine capitis deminutione exierit de potestate parentis, veluti morte eius, aut quod ipse *flamen dialis inauguratus est*»—Cf. EL MISMO, I, 30.—ULPIANO, X, 5.—TACITO, *Agn.*, IV, 16.—AULO-GELIO, I, 12, 9. «Virgo autem Vestalis simul est capta... eo statim tempore sine emancipatione ac sine *capitis deminutione* e patris potestate exit.»

³⁴ Pr. I, de *capitis demin.* 1, 16.—Fr. 11, D., de *capite minutis* 4, 5. «Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima. Tria enim sunt quæ habemus libertatem, civitatem, familiam. Igitur, cum omnia hæc amittimus, hoc est, libertatem, et civitatem, et familiam, maximam esse capitis deminutionem; cum vero

OBSERVACIÓN. 1. La palabra *caput* es, en cierto modo, sinónima de *persona*, y significa la capacidad de derechos que puede un hombre tener bajo cualquier concepto; aun la negación de toda capacidad se designa por la palabra *caput*, *servile caput* ³⁵. Pero, en una significación más especial, comprende el conjunto de los derechos que se pueden tener con relación á la libertad, á la ciudad y á la familia ³⁶. La palabra *status* se emplea casi en el mismo sentido, aunque, á la verdad, parece menos técnica, porque se encuentra frecuentemente empleada como sinónima de *condicio* para designar una posición cualquiera de la vida social. Por este motivo los comentadores llaman con frecuencia á los tres estados mencionados *status principales* *.

OBSERVACIÓN 2.^a No hay que decir que la *capitis deminutio maxima* implica siempre las otras dos *minutiones*; porque un esclavo no puede ser ciudadano ni tener derechos en la familia romana. Del mismo modo la *capitis deminutio media* comprende la *minima*. Por lo demás, la *capitis deminutio minima* no ejerce influencia alguna sobre los derechos políticos de los ciudadanos. Otra cosa sucede respecto de la *minima* y *media capitis deminutio*, que se comprende á menudo en la denominación común de *magna capitis deminutio* ³⁷. Se considera al ciudadano que la sufre como si hubiese sufrido la muerte civil ³⁸.

§ 12. Impúberos, púberos.—Menores, mayores.

I. Siempre se distinguió en Roma entre púberos é impúberos ó pupillos ¹. Estos últimos no podían contraer matrimonio; tampoco tenían *amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse deminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.*

³⁵ Fr. 3, § 1, in f. D., *de cap. min.* 4, 5. «...*Servile caput nullum ius habet.*»—§ 4, l., *de cap. demin.* 1, 16. «*Servus autem manumissus capite non minuitur, qui nullum caput habet.*»

³⁶ Según NIEBHUR, *Hist. rom.*, t. I. p. 606; t. II, p. 460, se entiende generalmente por *caput* el carácter del ciudadano en las listas del censo. Todo cambio que tenía por efecto colocar al ciudadano en una categoría de inferioridad (*deterioris iuris*), y con más razón, los cambios que tenían por efecto hacerlo borrar de las listas, recibieron el nombre de *capitis deminutiones*. DE SAVIGNY apoyando esta hipótesis, añade que, en tiempo de los emperadores, *caput* significa además la unidad que sirve de base al impuesto. V. más arriba, n.º 227.

³⁷ Fr. 1, § 4, D., *de suis et legitimis heredibus* 38, 16.—Fr. 1, § 8, D., *ad Sc. Tertullianum* 38, 17.—Fr. 5, § 3, D., *de extraordin. cognit.* 50, 13.—Pero V. también L. ult. C., *de usufructu* 3, 33.

³⁸ Fr. 63, § 10, D., *pro socio* 17, 2. «...*Intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione, aut morte.*»

¹ También se hace uso de la palabra *pupilo* para designar un impúbero que no está sometido al poder paterno. Fr. 239, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. Pero, no es absoluta esta costumbre. Fr. 7, § 3, D., *de peculio* 15, 1. «*Pupillum autem tam filium, quam servum, peculium habere posse.*»—Fr. 20, D., *de ritu nuptiarum* 23, 3.—Fr. 21, D., *de auctoritate tutorum* 26, 8.—Fr. 141, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1.

la facultad de hacer testamento ². Esta doble incapacidad era absoluta y nada podía relevarlos de ella. En cuanto á las demás operaciones de la vida civil, los pupilos podían, en general, por actos jurídicos mejorar su posición; pero eran incapaces de enajenar y de obligarse. No obstante, como podía suceder que los pupilos se encontrasen en la necesidad de hacer actos que entrañasen una enajenación de derechos ó una obligación, se les agregaba una persona llamada *tutor*, cuya intervención servía para dar á estos actos la validez necesaria ³.—Al principio, la pubertad dependía del desarrollo físico de cada individuo, *habitus corporis*. Mas siendo esta medida poco precisa y excesivamente individual, la jurisprudencia intentó fijar esta época de una manera más cierta. Los Proculerianos, siguiendo la opinión de los Estoicos, admitieron la edad de catorce años cumplidos, como la de la pubertad; los Sabinianos se inclinaban, en general, al antiguo sistema. Por fin, parece que otros exigían á la vez cierta edad y el desarrollo físico necesario para constituir la pubertad. Justiniano puso fin á esta incertidumbre fijando la edad de la pubertad en los catorce años para los varones y en los doce para las hembras ⁴.

Entre los impúberos, se distinguen además los *infantes* y los *infantia majores* ⁵. Los infantes, es decir, las personas menores de siete años, son

² Pr. I., de nuptiis 1, 10. «Iustas autem nuptias inter se cives romani contrahunt qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes, feminæ autem vi. impotentes.»—§ 1, I., quibus non est permittitur test. facere 2, 12. «Præterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi iudicium est.»—Para estar completo, hemos de hacer notar que los impúberos no podían ejercer ningún cargo público (Fr. 2, § 1, D., de regulis iuris 50, 17), ni ser testigos en un acto jurídico (§ 6, I., de testamentis ordinandis 2, 10, Fr. 3, § 5. Fr. 19, § 4, D., de testibus 22, 5).

³ Pr. I., de auctoritate tutorum 1, 21. V., para los detalles, á cont., t. III, § 346.

⁴ GAYO, I, 196. — ULPIANO, XI, 28. «Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est, qui generare possit; Proculeriani autem, eum qui quatuordecim annos explevit; verum Priscus eum puberem esse, in quem utrumque concurrat, et habitus corporis, et numerus annorum.» M. Schilling propone reemplazar en este pasaje el nombre *Priscus* por las palabras *plerisque visum est*. (PLRS. VS. E.)—Pr. I., quibus modis tutela finitur 1, 22, y TRÓFILO Y SCHRADER ad h. l.—L. 3, C., quando tutores esse desinant 5, 60.—L. 24, C., de nuptiis 5, 4.—V., además, sobre la controversia de ambas escuelas y sobre la opinión mixta, SERVIO ad Verg. Ecl. g., VIII, 33. «Bene cum annis iungit habitum corporis; nam et in iure pubertas ex utroque colligitur.»—EL MISMO, ad Verg. Æn., VII, 57. «...secundum ius... et ex annorum ratione et ex habitu corporis ætas comprobatur.»—Pa. QUINTIL., declam. 279.—Las TABLAS DE OSUNA, c. 98, indican ya la edad de catorce años.

⁵ La palabra *infans* de ordinario tiene el significado de *qui fari non potest*. Fr. 30, § 2, D., de fideic. libert. 40, 5.—VARRON, de l. l., VI, 51 (V, 7. Golhofer — p. 65 Bipont.).—ISIDORO, Orig., XI, 2.—Pero unas constituciones imperiales declaran que la niñez cesa á la edad de siete años. L. 8, Th. C., de maternis bonis 8, 18.—L. 18, I. C., de iure deliber. 6, 30. V. sin embargo TRÓFILO, ad Inst., III, 19, 9.

considerados como si careciesen de voluntad, y son, por consiguiente, incapaces de hacer un acto cualquiera, aun en ventaja propia (§ 34) ⁶. Los que han pasado la edad de la infancia, siendo aún impúberos, pueden adquirir y, en general, hacer actos que les sean ventajosos; pero no pueden enajenar, ni obligarse, ni disponer de sus bienes de cualquier manera que sea ⁷. Se llaman *infantia* ó *pubertati proximi*, según que estén más cerca de la infancia ó de la pubertad ⁸.

II. En el antiguo derecho, los púberos gozaban de una capacidad absoluta: tenían la libre disposición de sus bienes, podían obrar y obligarse como bien les pareciese. Pero habiendo producido con frecuencia esta libertad consecuencias funestas, la ley *Plætoria* amenazó con perseguir públicamente á los que, al tratar con un púbero menor de veinticinco años, *minor xxv annis*, hubiesen abusado de su juventud para engañarle. Además, daba á los menores muchos medios para anular las obligaciones por ellos contraídas ⁹. Más adelante se distinguió entre *minores* y *maiores xxv annis*.—La protección de la ley *Plætoria*, no obstante, con el tiempo pareció insuficiente, y el pretor y los emperadores crearon en favor de los menores otras disposiciones excepcionales, entre las que basta mencionar aquí el beneficio de la restitución por entero, que debe su origen al edicto del pretor ¹⁰, y la institución de la curatela que se en-

⁶ Fr. 1, § 12, D., *de obl. et act.* 44, 7. «Furiosum, sive stipuletur, sive promittat, nihil agere, natura manifestum est. 13. Huic proximus est, qui eius ætatis est, ut nondum intelligat quod agatur... nam qui loqui potest creditur et stipulari et promittere recte posse.»—§ 10, I., *de inutil. stipul.* 3, 19, et SCHRADER, *ad h. l.*—TRÓFILO, *ad* § 9, I., *eodem*.—Fr. 70, D., *de verborum obligationibus* 45, 1. — Se admite además que un *infans* puede, con asistencia de su tutor, tomar posesión de una cosa. F. 112, § 2, D., *de adquir. poss.* 41, 2. «*Infans possidere recte potest si tutore auctore crepit...*, pupillus tamen sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest.» V. á cont., § 85, n.º 2.

⁷ V. más arriba la nota 3 y á cont., t. III, § 346.

⁸ Esta subdivisión, cuyos términos no están, por lo demás fijados por la ley, no tiene más importancia que respecto á la imputación de los actos ilícitos hechos por el impuber. Los *infantes* y los *infantia proximi* carecen de responsabilidad por los actos que pueden hacer; pero el *impubes pubertati proximus* puede obligarse por su dolo y delitos que comete. § 18, I., *de obl. ex delicto* 4, 1. — Fr. 13, § 1, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 5, § 2, D., *ad legem Aquiliam* 9, 2. — Fr. 4, § 26, D., *de obligat. et actionibus* 44, 7. — Fr. 23, D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 111, pr. D., *de regulis iuris* 50, 17. — Cf. § 10, I., *de inutilibus stipulationibus* 3, 19, así como la GLOSA y SCHRADER, *ad h. l.* y á cont., t. II, § 267.

⁹ V. á cont., t. III, § 356. — Según algunos manuscritos llámase á menudo á esta ley *Lætoria*; pero un documento auténtico, la TABLA DE HERACLEA, lin. 112, dice expresadamente «*quive lege Plætoria, ob eamve rem, quod adversus eam legem fecerit, condemnatus est.*» La fecha de la ley *Plætoria* es desconocida; pero como PLAUTO *Pseudolus* I, 3, 69, habla de una *lex quina vicenaria*, que no es otra que nuestra ley *Plætoria*, se deduce que debe ser anterior al año 570; porque á este mismo año CIC., *Brutus*, 15 refiere la muerte de Plauto.

¹⁰ Tit. D., *de minoribus* 4, 4. — V. á cont., § 74.