

Unidad 4

- **Derecho de Familia**

" La patria potestad pertenece al jefe de familia, quien la ejerce sobre sus descendientes, que forman la familia civil o agnática. En consecuencia, esta patria potestad es ejercida por el ascendiente varón de mayor edad. "

UNIDAD 4

DERECHO DE FAMILIA

I. GENERALIDADES

Con el derecho de familia, en realidad estudiamos un aspecto más de lo concerniente a las personas. Como ya sabemos, desde el punto de vista del lugar que guarda el individuo dentro de la familia, éste puede *ser un alieni iuris* –y por lo tanto estará sometido a la autoridad de un *paterfamilias*- o un *sui iuris*, el cual no se subordina a ninguna autoridad.

Las personas *alieni iuris* pueden estar sometidas a cualquiera de estas tres autoridades:

- La autoridad paternal o patria potestad,
- La autoridad del marido sobre su mujer, o *manus*¹ y la
- autoridad especial de un hombre libre sobre otro hombre libre, el *mancipium*.²

Por lo que respecta a las personas *sui iuris*, éstas no se someterán a la autoridad de nadie, pero su capacidad puede estar limitada por distintas razones, por ejemplo la edad situación que traerá como consecuencia el que permanezcan bajo el régimen de tutela o de curatela.

El prototipo de la persona *sui iuris* es el *paterfamilias*, quien puede tener un *patrimonio* y ejercer las autoridades señaladas.

El ser paterfamilias no implica tener determinada edad ni el hecho de ser padre; un recién nacido puede *ser paterfamilias* y *tendrá* una plena capacidad de goce, no así de ejercicio, ya que deberá estar representado por un tutor.

En lo que concierne a la mujer, existe *el término materfamilias*, pero éste no es ningún derecho específico; es más bien un título honorífico dentro de la familia y de la sociedad.

¹ Esta autoridad también la puede ejercer una tercera persona, como por ejemplo el suegro, si el marido es a su vez *alieni iuris*

² La *manus* desaparece en la

do

II. PARENTESCO

Esta división de las personas desde un punto de vista familiar está íntimamente ligada con la idea que los romanos tuvieron del parentesco; es decir, los lazos que unen a los distintos miembros de una familia. Estos lazos podían ser carácter natural o civil, siendo diferentes las consecuencias que uno u otro producían.

Así, en Roma nos encontramos con un parentesco natural o de sangre llamado *cognación* y un parentesco civil creado por la ley, que se llamaba *agnación*.

1. *Cognatio*

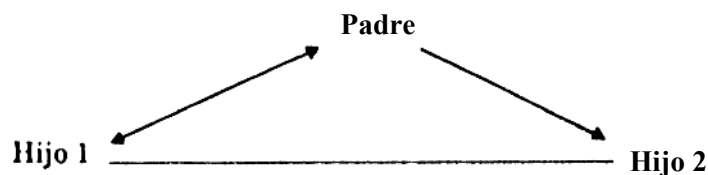
La *cognatio* es aquel parentesco que une a las personas descendientes una de otra en línea recta o descendientes de un autor común en línea colateral, sin distinción de sexos. Este parentesco existe tanto en línea masculina como en línea femenina.³

2. *Agnatio*

La *Agnatio* es el parentesco civil fundado sobre la autoridad paternal o marital. Por lo mismo, este parentesco sólo será reconocido en la línea masculina.

El sistema jurídico familiar romano es básicamente un sistema patriarcal, pues sí bien el sistema de matriarcado fue conocido en la Península Itálica, por ejemplo entre los etruscos, también es cierto que ya propiamente en Roma sólo se reconoce un sistema patriarcal, que tiene como base el parentesco única y exclusivamente por línea paterna. En consecuencia y desde el punto de vista del parentesco agnático, cada persona sólo tendrá dos abuelos; es decir, los paternos.

³ En el parentesco en línea recta cada generación representa un grado; así, padre e hijo son parientes en línea recta en primer grado. Para contar los grados en la línea colateral, hay que subir al autor común y bajar a la persona en cuestión; cada paso representa un grado. Es por eso que los hermanos son parientes colaterales en segundo grado; lo anterior queda demostrado gráficamente de la siguiente manera:



Siguiendo estas ideas, nos vamos a encontrar con, que dos hermanos uterinos de distinto padre no serán considerados como tales agnáticamente, mientras que dos hermanos, del mismo padre y de diferente madre, desde un punto de vista agnático sí lo son.

Por tanto; la familia agnática romana se compone por todos los individuos que están bajo la autoridad, de un *paterfamilias*, o sea por todos aquellos hijos nacidos del legítimo matrimonio introducidos a la familia mediante adopción:

Así, por ejemplo, los hijos de un matrimonio legítimo serán agnados entre sí y en relación con su padre y sus abuelos paternos y con su madre, sólo si ella está casada *in manu*.

En consecuencia, los hijos de un hijo serán agnados de su abuelo paterno, los de una hija no.⁴

El derecho civil romano tendió en todos los casos a conceder prerrogativas a los parientes agnados, especialmente en lo referente a tutela, curatela y sucesiones.

La evolución hacia un reconocimiento de igualdad entre estas dos clases de parentesco fue muy lenta, y no es sino hasta la época justiniana cuando vemos que desaparece de forma definitiva esta diferenciación, ya que el parentesco cognático es suficiente para conferir todos los derechos de familia.

III. PATRIA POTESTAD

La patria potestad pertenece al jefe de familia, quien la ejerce sobre sus descendientes, que forman la familia civil o agnática. En consecuencia, esta patria potestad es ejercida por el ascendiente varón de mayor edad.

La patria potestad -que es creada para proteger los intereses familiares en todos los sentidos y a través de un jefe (*paterfamilias*) con plenos poderes para salvaguardar los intereses del grupo-- en una primera etapa en realidad es únicamente una institución que va a proteger antes que nada los intereses de quien la ejerce. En otras palabras, todos los derechos estaban de su lado y todas las

⁴ Cuando una persona sufre una *capitis deminutio* mínima automáticamente se rompen los lazos agnáticos subsistiendo, por lógica, los cognáticos.

obligaciones del lado de las personas sometidas a él, y este sometimiento no cambiaba por razón de la edad ni por la circunstancia de contraer matrimonio.

En un principio, la autoridad paternal fue semejante a la autoridad del amo sobre el esclavo: se ejercía de forma total tanto sobre la persona como sobre los bienes. Sin embargo, poco a poco esta enérgica autoridad fue desapareciendo hasta que se convierte en una relación de mayor igualdad, con derechos y deberes para padres e hijos.

1.- Derechos sobre la Persona

En los primeros siglos de Roma, el poder del *Paterfamilias* era prácticamente ilimitado, llegando inclusive a tener derecho de vida y muerte; sobre sus descendientes así como el hecho de poder manciparlos a una tercera persona.

Este poder absoluto y en muchos casos irracional, fue paulatinamente frenado por el derecho y ya en la época republicana se hizo mucho más moderado.

2.- Derechos sobre los bienes

Como es lógico suponer y teniendo en cuenta la evolución que sufrió el poder del *paterfamilias* sobre las personas sometidas, su autoridad, en lo referente a los derechos sobre los bienes también, sufrió una evolución semejante: En el derecho más antiguo, todo lo que la persona adquiría automáticamente pertenecía al jefe de la familia, pero ya, en la época republicana y gracias a la idea del peculio profecticio –o sea aquellos bienes que el hijo puede tener con independencia de los bienes familiares– esta circunstancia va evolucionando y el *filiusfamilias* puede ir formando un patrimonio propio e independiente.

En la época de Augusto se crea el peculio castrense en favor del hijo de familia que fuese militar, el cual comprende todos aquellos bienes adquiridos como consecuencia de su profesión; esto es, su sueldo y su botín de guerra.

En la época del emperador Constantino aparece el peculio cuasicastrense, el cual está integrado por los bienes que adquiere el hijo en virtud de sus servicios públicos o eclesiásticos. Posteriormente también se le concede, al hijo no emancipado el derecho de propiedad sobre aquellos bienes recibidos por herencia materna (bienes adventicios).

3. Fuentes de la Patria potestad

Se entienden por fuentes de la patria potestad aquellas instituciones que crean la relación de dependencia de un *alieni iuris* respecto de un *sui iuris*.

Estas fuentes son las siguientes:

- A. El matrimonio.
- B. La adopción.
- C. La legitimación.

A. Matrimonio

Se llama, *iustae nuptiae* o *iustum matrimonium* a la unión conyugal monogámica llevada a cabo de conformidad con las reglas del derecho civil romano.

En la sociedad romana, debido al interés religioso y político que entrañaba la familia resultaba de suma importancia la conservación de esta a través de la institución del matrimonio, cuyo fin primordial era la procreación de hijos.

Modestino define al matrimonio cómo "la unión de un hombre y una mujer, imperando igualdad de condición comunidad de derechos divinos y humanos"

(Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, diuini et humani iuris comunicatio) (1D. 23, 2, 1).

El matrimonio está constituido por dos elementos; uno objetivo, que consiste en la convivencia del hombre y de la mujer, y otro de carácter, subjetivo; que consiste en la intención de los contrayentes de considerarse recíprocamente como marido y mujer, elemento que se llama *affectio maritalis*.

La affectio maritalis se exterioriza por *el honor matrimonii*; esto es, el trato que los esposos se dispensan en público, muy especialmente el que el marido da a la mujer, quien debe compartir el rango social de aquél y gozar de la dignidad de esposa.

Se consideran como hijos legítimos aquellos nacidos después de 180 días contados desde la celebración de las *iustae nuptiae*, o bien dentro de los 300 días contados desde la terminación del matrimonio.

Para impugnar la legitimidad o no del producto nacido en las, circunstancias anteriores, podía existir prueba en contrario por parte del marido, de los herederos de aquél o de la madre de la criatura; en el sentido de demostrar que no había existido relación carnal alguna entre ellos, ya fuese por viaje, por enfermedad, impotencia; etc.⁵

En conclusión, los hijos nacidos dentro de los plazos señalados quedarían automáticamente bajo la patria potestad del padre, con todas las obligaciones y derechos que tal situación implica y que, como ya sabemos, fue adquiriendo cada vez más un carácter de reciprocidad. En el caso de las hijas, desde la época de Augusto, éstas tienen derecho a que el padre les dé una dote en el momento de contraer matrimonio, dote que debe estar en relación directa con la fortuna y el rango social del *paterfamilias*.

a. Los esponsales

Las *iustae nuptiae* podían estar precedidas por un acuerdo entre los futuros cónyuges o sus padres, mediante el que se comprometían a la celebración del matrimonio.

Esta promesa de futuras nupcias se conoce como esponsales y no daba lugar a acción alguna para exigir su cumplimiento.

Con el tiempo, en Roma se introdujo la costumbre de origen oriental, de entregar una cantidad de dinero -arras esponsalicias- para garantizar la celebración del matrimonio; En caso de que éste no se llevara a cabo, por culpa de alguno de los contrayentes, el culpable perdía las arras entregadas.

b. Condiciones de validez para la celebración del matrimonio

Las condiciones indispensables para la validez de un matrimonio son:

1. Pubertad de los futuros esposos.
2. Consentimiento de los esposos.
3. Consentimiento del jefe de la familia.
4. *Conubium*.

⁵ Existe el problema de la legitimidad del niño nacido antes de los 180 días después de la celebración del matrimonio, situación que se resuelve con la aceptación tácita de la paternidad.

1. Pubertad de los futuros esposos

Se entiende por ella la edad en la cual las facultades físicas de ambos cónyuges estén suficientemente desarrolladas como para que les permita realizar el fin del matrimonio; esto es, la procreación de hijos.

La pubertad se fija en los 12 años para la mujer y en 14, para el varón.

En el hombre, el hecho de llegar a la pubertad constituía todo un acontecimiento familiar y era un acto social de gran importancia, que acarreaba consigo la celebración de una serie de ceremonias en la época del-agio en que se realizaban las fiestas en honor del dios Baco, permitiéndole por primera vez vestirse con la toga viril.

2. Consentimiento de los esposos

Las personas que van a contraer matrimonio deben expresar libremente su consentimiento para llegar a realizarlo. En una primer época, y como es lógico suponer, este consentimiento era secundario, ya que la autoridad paterna era absoluta; inclusive se podía obligar al hijo a contraer matrimonio. Pero posteriormente y ya en la época imperial, este fue un requisito indispensable con independencia de la voluntad paterna.

3. Consentimiento del jefe de la familia

La persona que se casa siendo *sui iuris*, no tiene necesidad del consentimiento de nadie. No ocurre así con los hijos bajo autoridad paterna, los cuales deben contar con el consentimiento del *paterfamilias*. Este consentimiento de los padres no estaba fundado en el interés de los futuros cónyuges, sino única y exclusivamente en la autoridad familiar.

Según el jurisconsulto Paulo, y ya en el Imperio, si el *paterfamilias* negaba su consentimiento, los afectados podían inclusive acudir al magistrado para que éste sesionase al jefe de la familia a dar el consentimiento. En caso de no obtenerlo el magistrado podía suplir la voluntad paterna.

4. Conubium

Es la aptitud legal para estar en posibilidad de contraer las *iustae nuptiae*. Gozaban de este privilegio todos los ciudadanos romanos, quedando exceptuados

de él tanto los peregrinos como los *latini* salvo los *latini veteres*, que sí gozaban de esta prerrogativa.

La falta de *conubium* podía ser sustituida por una orden del emperador *autorizando* la celebración de las *iustae nuptiae*.

Cumpléndose los requisitos anteriores, toda persona era libre de celebrar el *matrimonium*, pero podía encontrarse con una serie de impedimentos para llevarlo a cabo, tal sería el caso de que existiese algún tipo de parentesco entre los futuros cónyuges.

Para esta clase de impedimentos las diferencias entre el parentesco agnático y cognático no son tomadas en cuenta, por lo que la prohibición rige de igual forma en los dos casos.

En línea recta el matrimonio está prohibido hasta el infinito, por razones obvias, ya que biológicamente uniones de este tipo van en contra de la naturaleza⁶; en línea colateral está prohibido entre hermanos, tíos y sobrinos y entre primos. En este último caso, cada vez fueron permitiéndose los matrimonios con mayor frecuencia, hasta que llegó un momento en que tal prohibición desapareció.

Si el parentesco era por afinidad; es decir, aquel existente entre cada uno de los cónyuges con los parientes del otro, en línea recta estaba también prohibido hasta el infinito y en línea colateral hasta el segundo grado, o sea entre cuñados.

Lógicamente, los efectos de esta prohibición tendrán validez después de la disolución del matrimonio, cualquiera que sea la causa.

Por otro lado, también estaba prohibido el matrimonio entre patricios y plebeyos y por disposición de la *Ley Papia Poppaea* se prohíbe esta unión entre los hijos de senadores con libertos o con persona que ejerciese una profesión deshonrosa como, por ejemplo, el ser cómico.

También estaban prohibidas las *iustae nuptiae* entre el alto funcionario de una provincia o sus hijos con una persona natural de la provincia, así como también entre el tutor o sus hijos con la pupila o el curador y sus hijos con la persona sobre la cuál se ejerce la curatela.

⁶ Este principio se sostuvo aún en el caso de que existiese la figura de la adopción y ésta transcurrido un tiempo, se disolviese.

En términos generales también podemos señalar que el matrimonio estaba prohibido en aquellos casos en los cuales existía una gran diferencia de situación social y económica entre las personas que deseaban contraer matrimonio. La prohibición desaparece en la época de Justiniano quien la suprime para poder casarse con Teodora, mujer de origen humilde y de reputación dudosa pero dotada de una inteligencia prodigiosa⁷.

Finalmente señalaremos aquellos impedimentos específicos para llevar a cabo la unión marital. Tal sería, en primer lugar, el caso de la mujer viuda que, para contraer nuevo matrimonio, era necesario que dejase transcurrir determinado tiempo (*tempus luetus*) con el objeto de evitar la *turbatio sanguinis*; es decir; el introducir a un matrimonio un producto proveniente de otro⁸.

No podía tampoco celebrarse matrimonio entre adúltera y amante, entre raptor y raptada o entre aquellas personas que hubiesen hecho voto de castidad.

c. Efectos del matrimonio

Por lo que respecta a los efectos que sobre los cónyuges traía la celebración del matrimonio, éstos se refieren a los diversos aspectos del mismo; por un lado la mujer participa de la condición social del marido⁹ y pasa a formar parte de la familia de él en calidad de hija y como hermana de sus hijos, siempre y cuando el matrimonio se hubiese celebrado *cum manu* -circunstancia que cuando menos en los primeros siglos de Roma siempre se daba- rompiéndose en este momento toda 'relación agnática con su antigua familia. Si era *sui iuris* al celebrarse el matrimonio, los bienes que poseyera eran adquiridos por el marido, lo mismo que aquellos que ella pudiese llegar a adquirir, ocurriendo lo mismo en los casos en que existiese la dote que la mujer aportaba al matrimonio.

A la muerte del marido, concurría á la su cesión en calidad de *heredes sui* en igualdad de condiciones con sus hijos.

Si el matrimonio se había celebrado *sine manu* no se creaba por parte del marido la *potestas maritalis* y la mujer no entraba como agnada a la familia del marido, conservando por tanto esta situación con su anterior familia. Y seguirá siendo *sui iuris* si así era el caso o *alieni iuris* si ésta era su situación.

⁷ Es también Justiniano quien establece la bendición eclesiástica como requisito indispensable para la celebración del matrimonio.

⁸ Este mismo principio se aplicó también a la mujer divorciada.

⁹ A esta igualdad que se creaba entre los cónyuges se debe el hecho de que el adulterio se castigase indistintamente por ambos lados, aunque con mayor severidad al cometido por la mujer, ya que se tomaba en cuenta que sus consecuencias podían resultar más graves.

En el matrimonio libre, los bienes de la mujer seguían siendo, de su propiedad, el marido no tenía sobre ellos ningún derecho, pero podía administrarlos si ella se lo encargaba.

A la muerte del marido la mujer no tenía ningún derecho a la sucesión salvo aquel concerniente de la recuperación de su dote, con posterioridad se le concedió a cualquiera de los cónyuges el derecho a la sucesión sobre los bienes del cónyuge premuerto.

Entre los cónyuges no se podían efectuar donaciones; esta prohibición se decía, era "para que no se priven recíprocamente de sus bienes por mutuo amor", y a partir de la época de Augusto se prohíbe que la esposa sea fiadora de su marido.

En lo que concierne a los hijos nacidos de matrimonio, ya sabemos que éstos siguen la condición del padre, estarán bajo su potestad y son, por tanto, agnados de él y únicamente cognados de su madre.

d. Legislación matrimonial de Augusto

Al asumir el poder, después de la muerte de Julio César, Augusto reglamentó muy detalladamente algunas cuestiones relativas al matrimonio y sus efectos.

De esta manera, estableció un sistema de premios e incentivos para aquellas personas casadas y con hijos, así como sanciones para los solteros o para los matrimonios sin hijos, todo esto con el fin de resolver el problema demográfico de la disminución de la población romana en los últimos siglos de la República época de luchas; tanto internas como externas, que habían diezmando al pueblo.

Encontramos estas disposiciones principalmente, en dos leyes, una ley *Iulia* y en la *Ley Papia Poppaea* que disponían entre otras cosas, por ejemplo, que las mujeres ingenuas que tuvieran tres hijos y 1 as libertas que tuvieran cuatro fueran dispensadas de la tutela perpetua a la que estaba sometida la mujer; esto es, el *ius liberorum*.

También se dispuso que los matrimonios que no tuvieran hijos no pudieran gozar de las liberalidades que se les otorgaran por testamento, en cuyo caso esos bienes caían o caducaban, y pasaban a otros herederos, de aquí que esta legislación augustea también se conozca con el nombre de legislación caducaria.

e. Disolución del matrimonio

El matrimonio se podía disolver por diversas razones: por un lado a partir de la forma natural; es decir, por la muerte de uno de los cónyuges y; por otro, cuando existían determinadas causas para no seguir adelante en la unión marital.

Entre estas razones encontramos en primer término al repudia, o sea la declaración unilateral de uno de los cónyuges en el sentido de no querer continuar unido en matrimonio, ya que se consideraba que si una de las partes no deseaba seguir unida a la otra, era una razón mas que suficiente para que se disolviese el vínculo. Esta manera de terminar la relación marital fue muy frecuente a partir de la época de Augusto, sobre todo en los casos en que no había hijos pero, lógicamente, respetando ciertas formalidades.

Por otra parte, encontramos la disolución del matrimonio por mutuo consentimiento. Este tipo de divorcio fue cada vez mas frecuente sobre todo en la época de los emperadores cristianos, ya que por motivos: básicamente de termino religioso, se empieza a estar en contra de la práctica del repudio.

Cuando Justiniano sube al trono existen cuatro clases de divorcio:

1. Divorcio por mutuo consentimiento

Es decir, la decisión de los cónyuges de no continuar casados, aunque Justiniano imponga sanciones a las personas que disuelven el vínculo matrimonial de esta manera como, por ejemplo, el no permitirles contraer nuevo matrimonio hasta que hubiese transcurrido determinado tiempo.

2. Divorcio por culpa de uno de los cónyuges

O sea que uno de ellos alegue determinada conducta realizada por el otro, basándose en los casos expresamente señalados en la ley.

El marido podía invocar el adulterio de la mujer, el hecho de que ésta ocurriera a lugares públicos sin su consentimiento, o hablara con extraños fuera del domicilio conyugal. La esposa podía repudiar al marido si éste intentaba prostituirla, cometía adulterio en la casa común o la acusaba falsamente de

adulterio. Cualquiera de ellos podía alegar como causas de repudio, el atentado contra la vida, las injurias graves, la sevicia y el crimen de alta traición.

3. *Divorcio por declaración unilateral*

Y sin existir causa legal para la disolución del matrimonio, en cuyo caso, una vez reconocido el divorcio, se sancionaba al cónyuge que lo había promovido.

4. *Divorcio por bona gratia*

Es decir, aquella separación que se fundaba en circunstancias que hiciesen inútil la continuidad del vínculo. Tal sería el caso de impotencia, cautiverio, castidad o ingreso a órdenes religiosas.

B. Adopción

Otra de las fuentes de la patria potestad es la adopción, entendiéndose por ella aquella institución de derecho civil cuya finalidad es establecer determinadas relaciones de carácter agnático semejantes a las existentes entre el *paterfamilias* y el *filiusfamilias*.

De esta manera se introduce en la familia y queda bajo la autoridad de su hijo una persona que en la mayor parte de los casos no tiene ningún tipo de parentesco cognático con él¹⁰.

La adopción fue muy frecuente en las familias romanas, como ya sabemos, la familia sólo subsistía por el parentesco agnático creada por línea masculina; por tanto, era necesario establecerlo a fin de que la familia no desapareciese. Por otro lado, debido a que la patria potestad se establecía principalmente como consecuencia de las *iustae nuptiae*, era necesaria la adopción para la continuidad de la familia. Existen dos clases de adopción:

- a. la adopción de una persona *sui iuris*, que se llama adrogación y
- b. la adopción de una persona *alieni iuris*, que es propiamente la adopción.

a. *Adrogación*

¹⁰ Se podía dar el caso de adoptar a un hijo emancipado o a un descendiente de este hijo.

Es la forma más antigua de adoptar; data prácticamente de los orígenes de Roma. Por medio de ella se permitía que un *paterfamilias* adquiriera el derecho de tener la patria potestad sobre otro *paterfamilias*.

Por ser éste un acto muy trascendental y de suma importancia -puesto que acarreaba la desaparición de una familia con todas las consecuencias que esto implica-- era necesario someterlo a varias consideraciones, tanto desde el punto de vista religioso como del social y político.

Desde la perspectiva religiosa, se debía notificar la decisión de la futura adrogación a los pontífices, para que éstos la aprobasen, ya que la consecuencia inmediata que les afectaría, sería la desaparición de un culto familiar determinado.

Por otro lado, era necesario informar del caso a los comicios por curias a efecto de que en ellos se votase a favor o en contra de la adrogación, para lo cual el magistrado que presidía el comicio dirigía tres rotaciones al futuro adrogado a fin de que recapacitase, sobre el hecho; si éste insistía, se procedía a votar. Si la votación era afirmativa, el adrogado renunciaba solemnemente a su culto privado, acto que se conoce con el nombre de *detestatio sacrorum* y aceptaba el perteneciente a su nuevo *pater*.

A partir del siglo III, en la época del emperador Diocleciano, se suprimieron todas estas solemnidades y fue suficiente con una autorización del emperador para poder llevar a cabo la adrogación.

Una vez cumplidos los requisitos del caso, el adrogado quedaba bajo la autoridad paterna del adrogante, al igual que las personas que estuvieron sometidas dicha autoridad, disponiendo el adrogante desde ese momento de los bienes del adrogado.

En los primeros siglos de Roma estuvo absolutamente, prohibida la adrogación del *sui iuris* impúber, ya que se consideró que éste no tenía la suficiente madurez para realizar un acto de esta naturaleza y lógicamente era algo que el solo no podía decidir por él.

A partir del emperador Antonino el Píadoso, sí fue posible el llevar a cabo este tipo de adrogaciones pero con características especiales; esto es, si al momento de llegar a la pubertad el adrogado: decidía que el acto de la adrogación celebrada no era conveniente a sus intereses, podía dirigirse al magistrado para

cancelarla recobrar su calidad de *sui iuris*. Lógicamente, recuperaba la administración y disponibilidad de sus bienes.

b. Adopción .

Es el procedimiento mediante el cual el *paterfamilias* adquiere la patria potestad sobre el *filiusfamilias* de otro pater, el cual tenía que dar su consentimiento para que este acto se llevara a cabo.

Era un acto de menor, repercusión que la adrogación, motivo por el cual no intervenían los pontífices ni los comicios por curias, aunque no dejaba de entrañar riesgos para el adoptado, sobre todo en materia sucesoria.

Originalmente, la adopción se llevaba a cabo mediante tres ventas ficticias de la persona que se daba en adopción, ya que debemos tener presente que el *paterfamilias* que vendía tres veces a su hijo perdía la patria potestad sobre él, regla, establecida desde la *Ley de las XII Tablas*.

Una vez realizadas estas ventas ficticias, el adoptante reclamaba ante el pretor el derecho de ejercer la patria potestad sobre aquella persona que iba a adoptar.

En este procedimiento que implica en sí un simulacro de emancipación, el *paterfamilias* que cedía la patria potestad figuraba como demandado.

Bajo Justiniano se simplificó todo este procedimiento ficticio de venta y fue suficiente con una simple manifestación de voluntad de los dos *patresfamilias*, expresada ante un magistrado.

Como ya señalamos, la adopción entrañaba riesgos para el adoptado, puesto que desde el momento en que desaparecía la relación agnática con su familia, perdía todos los derechos a la sucesión cuando el *paterfamilias* muriese; y si tenemos en cuenta que el padre adoptivo lo podía emancipar, perdía también los derechos sucesorios que se habían establecido como consecuencia de la adopción.

En la época de Justiniano. se reforma la ley y se presentan dos situaciones diferentes para que el adoptado no quede desprotegido: por un lado, en aquellos casos en que el adoptante es extraño a la familia, el adoptado adquiere derechos

a la sucesión pero no pierde sus derechos a la sucesión de su anterior familia, en caso de que existiese una emancipación.

Por, otra parte, si el adoptante es un ascendiente, los peligros son menores, pues aún existiendo una emancipación, subsiste el lazo de consanguinidad, lazo que el pretor tendrá en cuenta en el momento de abrirse la sucesión.

En un principio no era necesario el consentimiento del adoptado para llevar a cabo la adopción, pero también con Justiniano cambió esta situación; y si bien no era necesario su consentimiento expreso, cuando menos era menester que estuviese de acuerdo.

La legislación justiniana señala que el adoptante debía tener cuando menos 18 años más que el adoptado¹¹.

C.- Legitimación

Es el procedimiento para establecer la patria potestad: sobre los hijos nacidos fuera de matrimonio.

Este procedimiento para establecer la dependencia surgida como consecuencia de la patria potestad, tuvo una mayor importancia en la época de los emperadores cristianos.

La legitimación podía llevarse a cabo mediante tres procedimientos distintos:

a Matrimonio subsiguiente

Por el matrimonio subsiguiente de los padres, en cuyo caso, para que el hijo pudiese ser legitimado, tenía que ser hija de padres que pudieran contraer legítimo matrimonio, siendo muy común que relaciones de carácter marital que quedaban bajo la figura del concubinato se convirtieran en *iustae nuptiae*.

Esta circunstancia se dio con mayor frecuencia desde la época del emperador Constantino.

¹¹ Las mujeres bajo ninguna circunstancia podían adoptar, pero en la época del emperador Diocleciano y como casos excepcionales, se permitió realizar adopción única y exclusivamente para fines sucesorios.

b. Oblación a la curia

Este procedimiento de legitimación fue creado bajo el reinado de Teodosio II y Valentiniano III; consistía en que el padre que deseaba legitimar a un hijo nacido fuera del matrimonio, lo ofreciera en la curia de su pueblo natal para desempeñar el cargo de decurión; si se trataba de una hija, casándola con uno de ellos.

Los decuriones eran funcionarios administrativos encargados de la recaudación de impuestos y respondían por ella con su fortuna personal. Por tanto, al entrar a desempeñar el puesto, tenían que contar con una cantidad determinada de bienes; si se trataba de una hija se le daría una cantidad equivalente como dote.

Este tipo de legitimación tenía efectos jurídicos limitados, ya que el hijo así legitimado se convertía en agnado de su padre; no así en agrado de los agnados de él.

c. Rescripto del emperador

En cuyo caso el padre natural debía solicitar la legitimación al emperador, el cual podía concederla o, no. El padre podía hacer esta solicitud incluso en su testamento, para así poder dejar al hijo como heredero, situación que sólo sería válida en el caso de no existir hijos legítimos. Este procedimiento fue el más usual a partir de la época de Justiniano.

D. Extinción de la patria potestad

Las causas que ponen fin a la autoridad paternal pueden ser divididas en dos grupos: por un lado, las causas fortuitas o ajenas a las personas que intervienen en la relación y, por otro, los actos solemnes.

Entre las primeras tenemos la muerte, la reducción a la esclavitud o bien la pérdida de la ciudadanía de cualquiera de los dos sujetos que integran esta figura.

Por lo que toca a los hijos, si el padre se encuentra en las situaciones señaladas se convierten en *sui iuris*, pero no pierden las relaciones agnáticas existentes.

Por otra parte, si se presenta el caso de que el *paterfamilias* esté en cautiverio, la suerte del hijo estará en suspenso mientras se resuelve esta situación, ya que debemos tener presente que el padre puede recuperar todos sus derechos, en virtud del postliminio.

También sería causa de la terminación de la relación de dependencia la circunstancia de que el hijo alcanzara determinada dignidad de carácter religioso o público. Esta circunstancia, aun terminando con la dependencia de la patria potestad, no extinguía los lazos agnáticos, los cuales seguían considerándose.

Los actos solemnes son la adopción, que ya estudiamos, y la emancipación.

La emancipación es el acto por medio del cual el jefe de la familia hace salir al hijo de su patria potestad declarándolo *sui iuris*. Esta situación, que en un principio fue más bien un castigo -ya que si tal hecho sucedía se rompían también los lazos agnáticos- posteriormente se convierte en un beneficio al establecerse que no se interrumpiera la relación agnática, subsistiendo entonces todos los derechos hereditarios nacidos de ella.

IV. OTRAS UNIONES DE CARÁCTER MARITAL

Independientemente de las *iustae nuptiae* y debido a las características específicas de ellas, que ya conocemos, el Derecho, romano reconoció y reguló otras uniones lícitas de carácter marital, aunque con consecuencias inferiores a aquellas que producía el *iustum matrimonium*.

Estas uniones son:

1. El concubinato.
2. El contubernio.
3. El matrimonio *sine conubio*.

1. Concubinato

Es una unión marital de orden inferior al *iustum matrimonium*, pero al igual que éste es de carácter monogámico y duradero, de igual modo reconocido por la ley, siendo totalmente diferente de cualquier relación de carácter pasajero, las cuales eran consideradas ilícitas.

Esta especie de matrimonio nació como consecuencia de la prohibición de realizar *iustae nuptiae* cuando existía desigualdad de condición social entre los futuros cónyuges.

Su reglamentación data de la época de Augusto y sólo estaba permitida entre personas púberes y solteras, estando prohibido entre personas con algún grado de parentesco, al igual que sucedía con el matrimonio legítimo.

Según Paulo, sólo se podía tener una concubina y siempre y cuando no existiese mujer legítima; es decir, que esta unión es también monogámica, con la salvedad de que si un *filiusfamilias* llevaba a cabo una unión de este tipo, no era necesario el consentimiento del *pater*, ya que la mujer no entraba a formar parte de la familia agnática del marido, y los hijos nacidos de esta unión seguían la condición de la madre y no la del padre, no pudiendo éste, por tanto, ejercer la patria potestad. Consecuentemente los hijos nacían *sui iuris*.

Este tipo de unión fue frecuente entre el funcionario de provincia (ciudadano romano) y una mujer de dicha provincia. A partir de Constantino el padre podía legitimar a los hijos y con Justiniano se les reconocen ciertos derechos a la herencia paterna¹², permitiéndose también que el concubinato se convirtiera en matrimonio legítimo.

2. *Contubernio*

Se llamaba así a aquella unión de carácter marital existente entre esclavos o entre un libre y un esclavo.

No tenía consecuencias jurídicas de ninguna especie y los hijos nacidos de tal unión seguían la condición de la madre no reconociéndose ningún parentesco de carácter agnático, sino únicamente un parentesco natural llamado *cognatio servilis* existente entre padres e hijos por un lado, y hermanos y hermanas por otro; esto con el objeto de que si llegaban a adquirir la libertad, no se pudiese celebrar una unión matrimonial entre personas parientes. en estas primeros grados, debido a estar en contra de la naturaleza.

3. *Matrimonio sine conubio*

Es aquella unión de carácter marital que se celebra entre personas que por alguna razón no gozaban del *conubium* o, cuando menos, una de ellas no gozaba de él.

Estas uniones fueron frecuentes entre peregrinos y en ningún caso eran consideradas como una unión ilícita. Para su celebración en términos generales se debía cumplir con los mismos requisitos que para las *iustae nuptiae* pero no tenía

¹² Ya con anterioridad se reconocía a la obligación de proporcionar alimentos a los hijos.

los Mismos efectos jurídicos, ya que los hijos nacían, *sui iuris*. Este tipo de unión marital con relativa facilidad se podía convertir en *iusta nuptiae* con todas las consecuencias de ellas.

La institución que nos ocupa no tuvo mayores repercusiones, máxime que al extenderse la ciudadanía a un número, cada vez mayor de habitantes en todo el Imperio, disminuía el número de personas que no gozaban de la prerrogativa que en el *conubium*.

V: MANUS.

Existen otras dos autoridades a las que podía encontrarse sujeto, un *alieni iuris*. Estas son las *manus* y el *mancipium*, instituciones que si bien fueron muy frecuentes -sobre todo la *manus*- en los primeros siglos de Roma, en el derecho justinianeo no tiene ninguna relevancia, y se habla de ella como mera referencia histórica.

La *manus* es la autoridad que se tiene sobre una mujer casada, la cual es normalmente ejercida por el marido, pero si éste es una persona *alieni iuris*, la ejercerá la persona que tiene la patria potestad sobre él; es decir, su padre.

En los primeros siglos de Roma, esta institución de la *manus* estuvo siempre ligada a la figura del matrimonio; siempre se llevaba a cabo conjuntamente con él, pero a partir de la legislación de las XII Tablas, éste podía celebrarse con *manus* o sin *manus*.

El establecimiento de la *manus*, o sea, la *conventio in manum*, se hacía mediante tres procedimientos distintos, a saber: el *usus*, la *confarreatio*, y la *coemptio*, por el simple transcurso del tiempo.

Si el marido vivía ininterrumpidamente con su mujer durante un año; este hecho le daba el derecho de ejercer la *manus* sobre ella.

Si la esposa quería interrumpir este plazo, tenía que pasar tres noches consecutivas fuera del hogar conyugal, permaneciendo entonces en la casa paterna con motivo de la celebración del rito doméstico.

La *confarreatio* era llevada a cabo única y exclusivamente por los patricios.

Consistía en una ceremonia de carácter religioso anexa, al matrimonio, celebrándose siempre con grandes solemnidades y ante testigos.

La *coemptio* era la forma más usual entre los romanos para establecer la *manu* consistía en una venta ficticia hecha por el *paterfamilias* al futuro marido, siempre y cuando se tratase de una mujer sujeta a patria potestad; es decir, *alieni iuris*. En caso de que fuese *sui iuris* y lógicamente sujeta a tutela perpetua, sería el tutor el que tendría que llevar a cabo este simulacro de venta.

En todos los matrimonios en los que se hubiese celebrado conjuntamente con él la figura de la *manus*, fuese cual fuese de los tres medios señalados; la mujer entraba a formar parte de la familia, del marido y en calidad de hija de él.

Esta figura, debido a la calidad de hija. en que quedaba la mujer, podía extinguirse de la misma forma en que se extinguía la patria potestad.

En los casos en que se diese la existencia de la disolución del vínculo matrimonial por medio del divorcio, sería necesario también el terminar con la figura que nos ocupa y para ello debemos tener en cuenta la forma mediante la cual se hubiese establecido,

Si fue a través del *usus* o bien de la *coemptio*, sería necesario llevar a cabo una manumisión especial para romper con los lazos creados por la *manus*.

En caso de que se hubiese establecido a partir de la ceremonia de la *confarreatio*; sería indispensable que se llevase a cabo otra ceremonia con igual solemnidad y ante testigos, que se conocía con el nombre de *diffarreatio*.

VI. MANCIPIUM

El *mancipium* es también una figura del derecho civil que consiste en la autoridad que puede ejercer un hombre libre sobre otra persona también libre.

Todo *paterfamilias* podía dar en *mancipium* a los hijos que estuviesen bajo su autoridad o a la mujer *in manu*.

Se podía mancipar a un hijo por un precio determinado o para garantizar el pago de una deuda, pero debido a los abusos que en los primeros siglos se hizo de esta institución, la *Ley de las XII Tablas* puso limitaciones a las mancipaciones, y así, un hijo mancipado tres veces quedaba fuera de la autoridad paterna y se convertía automáticamente en *sui iuris*. Tratándose de una hija o de un nieto, esto ocurriría después de dos mancipaciones y también podía aparecer esta figura en los casos en los cuales el hijo causaba un daño a un tercero y el *pater*, en lugar de pagarlo, entregaba al hijo en mancipación por el tiempo necesario para reparar el perjuicio ocasionado. En estos casos, se decía que se efectuaba el abandono noxal a efecto de que la persona que hubiese ocasionado el daño directamente lo reparase.

La situación de la persona mancipada era semejante a la del esclavo; estaba sometida a la autoridad de quien ejercía el *mancipium* pudiéndose liberar de él, por medio de la manumisión, una vez transcurrido un tiempo previamente determinado o después de haber cubierto la deuda.

La diferencia básica que existía entre un esclavo y una persona dada en *mancipium* era el que ésta no perdía la libertad y seguiría siendo ingenua, así como también estaría siempre en posesión de la ciudadanía.

VII. TUTELA Y CURATELA.

Una vez estudiadas las distintas potestades bajo las que podía encontrarse una persona *alieni iuris* pasaremos a examinar las diversas situaciones en que podía hallarse una persona *sui iuris* que, como sabemos, no está sujeta a ninguna autoridad pero que, en virtud de alguna incapacidad, estuviera sometida a la institución de la tutela o bien de la curatela.

La incapacidad de una persona *sui iuris* puede obedecer a cualquiera de las siguientes cuatro causas.

- Por falta de edad.
- Por razón del sexo.
- Por alteración de las facultades mentales.
- Por prodigalidad.

En los dos primeros casos nos encontramos con la tutela; en los otros dos, con la figura de la curatela.

1. Tutela

En el *Digesto*, en un fragmento de Paulo, este autor afirma que Servio Sulpicio define la tutela como "el poder dado y permitido por el derecho civil, sobre una cabeza libre a efecto de protegerlo en virtud de que a causa de su edad no puede defenderse por sí mismo" (*vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa*) (D. 26,1,1: pr.).

A. Tutela de los impúberes

La función primordial del tutor era el buen manejo de la fortuna del pupilo y no la de ocuparse de forma directa de su guarda y educación. Por tal razón, debía efectuarse un inventario de los bienes pertenecientes al pupilo para que, en base en el mismo, le fueran restituidos.

De no hacerse tal inventario se consideraría al tutor culpable de fraude; no cabía excusa de ninguna naturaleza para no haberlo efectuado y, en consecuencia, estaba obligado a indemnizar al pupilo de los posibles daños, ocasionados. El deber fundamental del tutor era conservar intacto el patrimonio del pupilo.

Un requisito introducido por Justiniano es que el tutor no podía ser acreedor ni deudor de su pupilo y si esta circunstancia se diese, no al principio de la tutela sino durante ella, debería de renunciar al cargo. En caso de no hacerlo perdía su crédito; o bien no se le reconocía como acreedor de la deuda.

El poder dado al tutor no es equivalente a la patria potestad sino más bien una facultad que tiene como objetivo la protección de los pupilos. Se trata de una institución regulada lógicamente por el derecho civil pero que no es exclusiva de éste; ya que también la encontramos en muchas ocasiones en el derecho de gentes.

Para poder ejercer la tutela era necesario cumplir con los siguientes requisitos: ser libre, ser ciudadano romano, de sexo masculino y tener más de 25 años.

El *paterfamilias* podía designar en su testamento tutor para sus hijos, situación que se reconoce ya expresamente en la *Ley de las XII Tablas* y que conocemos con el nombre de tutela testamentaria.

En el supuesto caso de que ésta no existiese y fuese necesario designar, tutor, se llamaría al agnado más próximo del pupilo. A esta tutela la conocemos con el nombre de legítima, puesto que corresponde, por disposición de la ley, al pariente más cercano.

Si se daba el caso de que no existiese ningún afinado del pupilo, el magistrado sería el encargado de nombrar un tutor. A esta tutela la conocemos con el nombre de dativa.

De estos tres tipos de tutela la primera es la más importante y excluye automáticamente a las otras, así como también la tutela legítima excluirá a la dativa.

En el caso de existir tutor nombrado por testamento, el *paterfamilias* que lo hubiese designado podría preveer la situación de la falta del tutor por algún motivo y, para evitar que se tuviese que recurrir a la tutela legítima, se podrían nombrar varios tutores, uno en sustitución de otro.

Se podía también presentar la situación de la existencia de pluralidad de tutores que desempeñaban conjuntamente la función.

Al ejercer la tutela el tutor se encontraba con una serie de restricciones.

En primer lugar, el no poder efectuar ninguna donación en nombre del pupilo, inclusive no podía dar la dote a ninguna mujer miembro de la familia; tampoco podía enajenar ningún predio rústico o suburbano, salvo si era necesario y conveniente para pagar deudas urgentes del pupilo, en cuyo caso se debería dar aviso al magistrado, a efecto de que éste designase qué bien se debería enajenar.

A partir de la época de Constantino esta misma situación se presenta en relación con los predios urbanos.

Finalmente, en ningún caso, el tutor puede hacer uso personal de las rentas que administra; es más, si no invertía debidamente el patrimonio administrado, debía pagar intereses procedentes de su propio patrimonio.

En el desempeño de sus funciones, el tutor debe realizar todos los actos jurídicos necesarios para la administración de los bienes del pupilo, pudiendo darse dos situaciones: que obre él solo en representación del pupilo; esto es, la *gestio* del tutor, o bien que sea el pupilo el que actúe, con la *auctoritas* del tutor; es decir con la conformidad de éste en relación con el acto celebrado por del pupilo.

La *auctoritas* la dará el tutor en aquellos casos en los cuales el pupilo tenga más de siete años, no se trate un infante sino, al decir de romanos de un *maior infantia*. Por tanto la *gestio* se dará siempre, en caso de ser el pupilo un *infans* esto es, entre el nacimiento y los siete años y la *auctoritas* los casos de *maior infantia* es decir; entre los 7 y 14 años.

Las causas por las cuales se podía poner término a la institución de la tutela eran de dos tipos: razones que atañan directamente al pupilo, o bien relacionadas con el tutor entre las primeras, podía ocurrir por haber llegado a la pubertad, por muerte, o cualquiera de la *capitis deminutiones*; si era la mínima estaríamos frente a la adrogación En el segundo caso figuran la muerte del tutor la circunstancia de que éste *sufriera capitis deminutio*, la existencia de una excusa para seguir desempeñando el cargo encomendado, o bien por ser destituido.

Al término del desempeño de su cargo, el tutor deberá en todos los casos, rendir cuentas al pupilo en relación con los bienes cuya administración le fue encomendada; tal obligación estaba sancionada por la *actio tutelae* y en caso de que ésta no fuera correcta o faltasen bienes, tendría que cubrir el doble de su valor.

El tutor tenía, obligación de rendir estas cuentas bajo inventario en relación con el efectuado al principio del desempeño de sus funciones. En ese momento, el pupilo era asistido por un curador

B. Tutela perpetua de las mujeres

La mujer en principio estará siempre bajo la tutela de una persona, puesto que su capacidad estaba limitada para llevar a cabo determinados actos. La tutela, perpetua de las mujeres podía pertenecer a cualquiera de los tres tipos que ya conocemos: tutela testamentaria, legítima o dativa.

La tutela de las mujeres caerá en desuso en el periodo imperial. En la época de Augusto se le concede lo que conocemos con el nombre de *ius liberorum*; es decir; la circunstancia de que la mujer *sui iuris* quede liberada de tener que ser representada por alguien, aunque con una serie de limitaciones; por ejemplo se concedía a las ingenuas que tuviesen tres hijos y a las manumitidas que tuviesen cuatro.

En el siglo V de nuestra era, esta institución desaparece de forma definitiva, pues hacía muchísimas décadas que de hecho no se levaba a cabo.

2. Curatela

Según la *Ley de las XII Tablas* caían bajo el régimen de curatela los locos (*furiosi*) y los pródigos; con posterioridad también se nombraron curadores para sordomudos y enfermos mentales.

Además, se les nombraba un curador, en todos los casos, a aquellas personas *sui iuris* menores de veinticinco años pero mayores de 14; es decir, a aquellos individuos que por razón de la pubertad ya no estuvieran bajo el régimen de tutela.

En algunos casos especiales se nombraba un curador para el pupilo, o bien de dar su consentimiento a aquellos actos celebrados por el menor de 25 años.

A. Curatela de los *furiosi*

Los *furiosi sui iuris* y púberes estarán siempre sometidos a la institución de la curatela. Ésta podía ser de tres tipos; testamentaria, legítima o dativa, rigiendo en ella las mismas características que para la tutela.

Cabe señalar que en caso de existir épocas de lucidez en el *furiosi*, la curatela se interrumpiría tantas veces como éste recuperase dicha lucidez.

B. Curatela de los pródigos

Se entiende por pródigo a aquella persona que sin causa justificada dilapida el patrimonio de la familia heredado de sus ancestros y que, como ya es sabido, según la estructura de la familia romana correspondía a todo el núcleo familiar, aunque él fuese el único que estuviese en posibilidad de administrarlo. Cuando se presentaba esta circunstancia, los afectados podían solicitar el magistrado que se le declarara en estado de interdicción y quedaba automáticamente bajo la curatela de sus agnados.

La curatela se inicia en el momento en que por medio de un decreto del magistrado se declara el estado de interdicción, ya que la prodigalidad no es un hecho natural de incapacidad.

La curatela cesaba también por un decreto del magistrado en que se manifestase la enmienda del pródigo.

C. Curatela de los menores de veinticinco años

Como consecuencia de que las facultades intelectuales del individuo son más lentas en su desarrollo que las facultades físicas, se consideró que aquel individuo

varón mayor de 14 años pero menor de 25 se encontraba en situación de desventaja intelectual frente a individuos que rebasaran esta edad. Para evitar esta desventaja es que la Ley Plaetoria señala la circunstancia de que tales individuos, debido a su inexperiencia, estén bajo el régimen de curatela. Así que en un principio a estos individuos se les nombraba un curador cada vez que celebraban un acto en particular, pero a partir del emperador Marco Aurelio se les nombra un curador permanente.

EL que todo individuo menor de veinticinco años tuviese que estar sometido a este régimen de curatela podía variar si se le concedía la liberación de ella por un decreto especial; una vez que hubiera cumplido los veinte, esta institución se llamaba *venia aetatis*.

D. Curatela.de los pupilos

El pupilo impúber, por excepción puede estar también sujeto, al régimen de curatela junto con el de tutela y esto lo vemos exclusivamente en los siguientes tres casos:

- Si existe un proceso entre el pupilo y el tutor.
- Si el tutor interrumpía temporalmente su tutela.
- Si el tutor no era capaz de administrar los bienes del pupilo, y mientras se nombraba a otro tutor.

CUADRO 4.1 TUTELA Y CURATELA

