SISTEMA

DEL

DERECHO ROMANO ACTUAL

TOMO II

Sistema del Derecho Romano Actual

Tomo II

Edición original: Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores (Puerta del Sol, núm. 13) 1879.

D.R. ©2004
Esta edición facsimilar y sus características son propiedad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Av. José María Pino Suárez Núm. 2, Col. Centro,
C.P. 06065, México, D.F.

ISBN 970-712-380-X Obra completa (6 Tomos)
ISBN 970-712-382-6 Tomo II

Impreso en México
Printed in Mexico

Esta obra estuvo al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SISTEMA

DEL

DERECHO ROMANO ACTUAL

POR

FRIEDRICH KARL VON SAVIGNY

1879

Centro de Consulta de
Información Jurídica
Biblioteca

TOMO II

Suprema Corte de Justicia de la Nación
México 2004

PO
R010
53845
t. 2

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Mariano Azuela Güitrón
Presidente

Primera Sala

Ministra Olga María Sánchez Cordero de García Villegas
Presidenta

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo
Ministro Juan N. Silva Meza

Segunda Sala

Ministro Juan Díaz Romero
Presidente

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano
Ministro Genaro David Góngora Pimentel
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Comité de Publicaciones y Promoción Educativa

Ministro Mariano Azuela Güitrón
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Ministra Olga María Sánchez Cordero de García Villegas

Comité Editorial

Dr. Armando de Luna Ávila
Secretario de Administración

Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot
Secretario Técnico Jurídico

Mtra. Cielito Bolívar Galindo
Directora General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis

Ing. Víctor Colín Gudiño
Director General de Difusión

Dr. Lucio Cabrera Acevedo
Director de Estudios Históricos

Facsímil

53955

SISTEMA DEL DERECHO ROMANO ACTUAL

SISTEMA

DEL

DERECHO ROMANO ACTUAL.

POR

M. F. C. DE SAVIGNY.

TRADUCIDO DEL ALEMAN POR

M. CH. GUENOUX,
DOCTOR EN DERECHO,

vertido al castellano por

JACINTO MESÍA Y MANUEL POLEY,
Profesores de Derecho Romano en la Institucion Libre de Enseñanza.

y precedido de un prólogo de

DON MANUEL DURAN Y BAS,
CATEDRÁTICO DE DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

TOMO II

MADRID.
F. GÓNGORA Y COMPAÑÍA, EDITORES.
Puerta del Sol, núm. 13.

1879.

ES PROPIEDAD DE LOS EDITORES.

Imprenta de José García, Costanilla de los Angeles, 8.

CAPÍTULO II.

(CONTINUACION.)

§ LXXV.—*Aplicacion al derecho actual de los principios sobre la capacidad y la* capitis deminutio.

Una vez expuestos los principios que rigen la capacidad de derecho y la *capitis deminutio* (§ 64-74), debemos examinar los aplicables todavía en el Derecho actual. No hemos conservado vestigio alguno de la esclavitud y no puede ser cuestion la referente á la incapacidad de los esclavos romanos; tampoco conservamos el derecho de ciudad ó de latinidad formando contraste con el concedido á los peregrinos; y, si la capacidad restringida de estos no existe, la de los latinos se halla abolida por la legislacion justinianea. Pero como el derecho moderno reconoce la potestad patria y las restricciones impuestas á la capacidad de los hijos están en parte mantenidas, aún las mismas que las leyes de los emperadores cristianos han modificado más, no pueden ser comprendidas y aplicarse sino en sus relaciones con el antiguo derecho.

Veamos ahora la *capitis deminutio* que voy á examinar bajo el mismo respecto. No hay ya esclavos ni peregrinos; no puede haber por tanto *máxima* ni *media capitis deminutio*, ni muerte civil, tal como los romanos la entendieron (§ 69).

La *minima capitis deminutio*, no es seguramente imposible, porque si un jefe de familia se da en arrogacion, adquiere la condicion de un *filius familias* y, su capacidad se encuentre modificada en su perjuicio. Pero los efectos positivos uni-

dos especialmente á la *capitis deminutio* (§ 69), que por sí solos darian un valor práctico á la idea espresada por esta voz técnica, subsisten aún? Es evidente que no.

La *minima capitis deminutio* destruia la agnacion, fuera de que las novelas de Justiniano no dejaron á esta valor alguno práctico; el patronato no existia ya; el mismo emperador abolió expresamente los efectos de la *capitis deminutio minima*, en cuanto á las servidumbres personales, y, por último, la extincion de las deudas á consecuencia de la *capitis deminutio* no figura en la legislacion; hechos todos que nos permiten descubrirla por induccion como un principio del antiguo derecho, pero destituido de largo tiempo de toda significacion positiva, y que nos llevan á la conclusion siguiente: que la doctrina de la *capitis deminutio* tiene importancia bajo el punto de vista de la historia y de la exégesis; pero que en la práctica del derecho, la institucion y la frase que la expresa, han perdido todo su interés.

Los antiguos principios se hallan todavia en las instituciones del derecho anormal que han sido sustraidas en parte ó en totalidad á las restricciones positivas de la capacidad (§ 71-74). Es verdad que ciertas materias han desaparecido completamente, tales, como el legado de alimentos al esclavo (§ 72) y la manumision por fideicomiso (§ 74): mas otras han conservado, por el contrario, su propia naturaleza, como son la dote, la accion de alimentos ó de donacion (§ 72), la de injuria, la *querela inofficiosi*, siendo así que se admiten como subsistentes á pesar de la novela 115 (§ 73), la sociedad, el mandato, etc. (§ 74).

Lo que acabo de exponer sobre los límites en la aplicacion del derecho romano, no contradice las doctrinas de los autores modernos; y si bien no se expresan de una manera bien clara y explícita, sin embargo, autorizan á creer que la mayoria de mis principios, puestos á discusion, no encontrarian sérias objeciones. Así, un pasage de Glück *(a)* que parece ontradecir mi opinion, la confirma en realidad. Pretende existe hoy dia *máxima capitis deminutio* para el que se someta á la servidumbre de la gleba y para el condenado perpétuamente á prision en una fortaleza ó á trabajos forzados;

(a) Glück, t. II, § 128.

que hay *media capitis deminutio* para el que pierde los derechos de ciudadanía en uno de los Estados de Alemania ó se le coloca fuera del derecho comun aleman...; despues añade que el derecho romano y sus principios son inaplicables á estos diferentes casos. La cuestion precisamente, es saber si la pérdida ó las limitaciones de la capacidad se rigen por el derecho romano, pues, por lo demás, se sabe que el estado de las personas ha sufrido siempre modificaciones numerosas, y considerarle por esto solo como *capitis deminutio*, es buscar, por medio de juegos de palabras, vanas y engañosas analogías.

La muerte civil nos ofrece un ejemplo de ello. Los autores alemanes *(b)* exponen los principios romanos sin la pretension de encontrar aplicaciones prácticas; en Francia, desde hace mucho tiempo, se ha seguido un camino opuesto, y, aun cuando esta cuestion me separe de mi propósito, la trataré, sin embargo, como un incidente, á fin de mostrar á qué aberraciones puede conducir una inhábil exposicion de hechos históricos mal comprendidos.

En las breves líneas que siguen, Domat, hablando de la muerte civil, comete dos errores graves. «Se llama muerte civil, dice, el estado de los condenados á muerte ó á otras penas que llevan consigo la confiscacion de los bienes. Lo cual hace que este estado... los convierta como en esclavos de la pena que les ha sido impuesta *(c)*.» Ahora bien, la muerte civil no tiene nada que ver con la confiscacion, porque el romano prisionero entre el enemigo, sufria la muerte civil sin la confiscacion, y el *relegatus* no sufria nunca la muerte civil, bien que, en ciertos casos, sus bienes fuesen confiscados; siendo consecuencia inmediata de lo que precede que el deportado incurria en la muerte civil sin ser esclavo de la pena.

Tal era la teoría. En la práctica *(d)* la muerte civil resultaba de la condenacion á galeras perpétuamente, y á la pena de destierro, tambien perpétuo: habia además algunos casos

---

(b) Así, por ejemplo: Mühlenbruch, t. I, § 184.

(c) Domat, libro preliminar, t. II, s. II, § 12.

(d) Esto asunto se trata ámpliamente por Merlin, Repertorio, artículo de la *muerte civil;* siendo á éste al que se refieren mis otras citas sobre el mismo autor

que son controvertibles. La aplicacion más notable y que puso en juego todo género de malas pasiones, fué la ley dada por Luis XIV contra los refugiados por causas religiosas; pero como quiera que fuere contraria á la opinion pública, se eludieron perfectamente sus disposiciones y, sobre todo, las que castigaban á los hijos de aquellos infelices. Cuando vino la revolucion, se presentaron desde luego aplicaciones nuevas é importantes, porque las leyes del 28 de Marzo y 17 de Setiembre de 1793, decretaron la muerte civil contra los emigrados y deportados, poniendo así el material de la antigua jurisprudencia al servicio de los fines políticos de la época.

Finalmente, el Código fué redactado, y seria un grande error pensar que fuese una obra nueva, creada por la inspiracion revolucionaria de ciertos espíritus sábios; los redactores del proyecto, como los consejeros de Estado, tomaron de la antigua jurisprudencia sus principios y sus faltas. Veamos ahora aquellos á quienes se aplica la muerte civil.

1) Los emigrados. Las leyes contra la emigracion habian vuelto á caer en desuso desde el año VIII, y la mayoría de los emigrados que tenian demandas pendientes, fueron borrados de las listas y librados de la muerte civil; pero existian aún muchos que no habian vuelto á Francia, y además, la cancelacion no tenia efecto sobre los matrimonios contraidos y sobre las sucesiones abiertas durante la emigracion *(e)*. Pues bien, los que en adelante se expatriasen, no incurririan en la muerte civil, y perderan solo la cualidad de franceses (artículo 17-21), lo que, de otra parte, no tenia graves consecuencias.

2) Los condenados á muerte, durante el tiempo que mediaba entre el juicio y su ejecucion, así como los que se sustrajeren de ésta por medio de la fuga (art. 23).

3) Los condenados á penas las cuales llevan consigo este efecto por prescripcion de la ley, y son segun el art. 18 del Código penal, los trabajos forzados perpétuos y la deportacion. Este último caso fué justamente tratado como el de

---

(e) Las leyes sobre los emigrados están citadas por Merlin, I, c., página 373.—Al discutirse el Código civil en el Consejo de Estado, se reconoció expresamente la autoridad de las leyes sobre este punto, principalmente las relativas á la muerte civil. *Conferencia* sobre el Código civil, t. I, p. 76, 77 (sobre el art. 24).

mayor importancia, por lo delicado que es; en tanto que el reo debe vivir libre en el lugar que la ley le asigna.

Lo que hay aquí de mayor interés son los efectos de la muerte civil que, segun el art. 25, se les puede reducir á los siguientes: 1.° El condenado pierde la propiedad de todos sus bienes y la sucesion se abre inmediatamente en provecho de sus herederos *abintestato*; 2.° Pierde para en adelante la capacidad de derecho civil, pero conservando la de derecho natural (*f*), distincion fundamental que se traduce por las disposiciones que siguen *a)*. El condenado no puede adquirir por sucesion; pero sí recibir un legado de alimentos *b*). No le es permitido hacer testamento ni tener herederos. Los bienes que ha adquirido despues de su condena hasta su muerte natural, pertenecen al Estado (art. 33, *c*). No puede hacer donaciones ni recibir más que alimentos (*g*), *d)*. El matrimonio anterior á la imposicion de pena carece de todo efecto civil *e*). El matrimonio que contrajese despues de su condena no tiene valor ante el derecho civil. *f*) Fuera de los casos enumerados más arriba, les es permitido adquirir y enajenar; así se le concede la venta, el cambio, el arrendamiento, el préstamo y las acciones para reparacion de daños ó de cualquier delito (*h*).

(*f*) Así se consignaba textualmente en el proyecto de Código civil, lib. I, tít. I, art. 30: «privados de las ventajas del *derecho civil propiamente dicho*,» § 31. «Quedan capacitados para todos los actos que que son de *derecho natural y de gentes*.» El Código civil no ha reproducido estas diversas disposiciones, pero enumera, por via de ejemplo, los principales derechos cuya pérdida entraña la muerte civil, y por la discusion habida en el Consejo de Estado, se vé claramente que el sentido de la ley es el del proyecto. Comp. Toullier, *Droit civil francais*, lib. I, § 279.

(*g*) Esta es la disposicion textual del art. 25.-Toullier, § 282, pretende que el muerto civilmente puede adquirir y enajenar por donaciones *manuales*, es decir, de cosas muebles, las cuales se llevan á cabo por la tradicion; pero no las de inmuebles ni las que exigen un acto escrito. Así el condenado podria recibir grandes valores en dinero contante ó en billetes de Banco, lo cual, sin embargo, es contrario á la ley. El proyecto de Código civil, art, 32, 33, permitia al condenado recibir por donacion objetos mobiliarios de poco valor y alimentos; en cuanto á la facultad de enajenar era ilimitada.

(*h*) El proyecto de Código civil, § 31, enumeraba los actos permitidos al condenado. El Código no ha reproducido este artículo, pero ha

El principio de estas disposiciones se presta á las observaciones siguientes: La distincion entre el Derecho Civil y el Natural está tomada evidentemente del Derecho Romano; pero tiene en él una significacion distinta, porque el *jus gentium* era un derecho completo, un derecho positivo como el mismo *jus civile* (§ 22).

El sistema romano fué sustituido de un modo insensible por uno bien diferente y por la distincion entre las instituciones del derecho; las unas más arbitrarias y positivas, y más naturales y fáciles las otras. Pero dicho sistema, sin utilidad práctica, es vago en sus determinaciones y vacilante en sus fundamentos, como puede juzgarse por sus aplicaciones. Hay inconsecuencia en permitir al deportado adquirir y conceder al Estado su sucesion despues de la muerte, lo cual, en realidad, es una confiscacion parcial, y, por lo tanto, una conclusion insuficiente. Esta disposicion está á todas luces tomada del Derecho Romano (*i*); pero allí era consecuencia natural de la confiscacion, que desde su origen perseguía al deportado; y el derecho francés no admite la confiscacion. Considerado como simple *peregrini*, el deportado habria tenido herederos, porque el Estado nunca se apropió de la sucesion de los *peregrini*. Nada justifica en la naturaleza positiva del derecho de sucesion en general, la disposicion del Código Civil, y, sin embargo, aquella es el motivo que parece haberla dictado. La prohibicion de las donaciones es aún mayormente singular, porque estas no pertenecen más al derecho positivo que la venta ó el cambio; aquí el Código se aparta enteramente del proyecto, y cada jurisconsulto lo interpreta á su manera (nota *g*). Toullier pretende que las donaciones son de derecho civil porque van unidas á formas determinadas; pero en pasando de 150 francos, la venta y el arrendamiento están por igual ceñidos á una forma determinada (art. 1341), y, sin embargo, estos contratos se permiten al deportado sin restriccion alguna.

Las disposiciones relativas al matrimonio tienen más gra-

---

adoptado su sentido. Comp. Toullier, § 280, 283, y las palabras de Trouchet en el Consejo de Estado. *Conferencia* t, I, p. 119.

(*i*) Ley 2, C. de donis præscript. (IX, 49).

vedad aún. El legislador reconoce desde luego un elemento natural, un elemento civil y un elemento religioso (*k*); pero despojándole de los efectos civiles, ha creido quitarle todo carácter legal, y esto lo vemos formalmente expresado en la discusion. Tampoco el matrimonio de un deportado no reconocido por la ley, puede dar lugar al adulterio ni á la bigamia. Los hijos de un deportado nacen fuera de matrimonio, son bastardos, no tienen padre ni parientes colaterales que hayan de heredar (*l*), sin que exista en este punto diferencia entre el matrimonio contraido antes y el llevado á cabo despues de la deportacion. Veamos ahora cuáles eran los principios mantenidos en la materia por el derecho antiguo.

En Derecho Romano, el matrimonio de un deportado, nulo segun el *jus civile* era válido segun el *jus gentium*, y, por consecuencia, tan eficaz como el verificado por los ciudadanos de las provincias, antes de que Caracalla les concediera el derecho de ciudad (*m*). De aquí resulta que los hijos del deportado no caen bajo la autoridad del padre, ni son agnados de sus colaterales; pero nacen en matrimonio, tienen un padre legalmente cierto, al cual se unen por los lazos de la cognacion, como á toda su familia, y pueden heredar segun las leyes propias á esta clase de parentesco, excepto tratándose de su padre, cuyos bienes van siempre al fisco. Todo esto deriva del derecho únicamente y no de las ideas religiosas, porque tales disposiciones son bien anteriores al establecimiento del Cristianismo. Los redactores del Código, confundiendo los efectos especiales del *jus civile* de los romanos con los del derecho en general, han venido á parar,

---

(*k*) *Conferencia*, t. I, p. 86, 92, 98.

(*l*) *Conferencia*, p. 86, 110.—Toullier, § 285, 293, enseña que los hijos son legítimos porque el *vinculum matrimonii* (el lazo) subsiste siempre, lo cual es evidentemente contrario á la ley. La opinion de Toullier fué sostenida en el Consejo de Estado, y se presentó una enmienda; pero la mayoría la rechazó y mantuvo el artículo del Proyecto. La discusion del Consejo no dejó duda alguna sobre este punto.

(*m*) Por razones de humanidad se habia relajado la severidad de los principios. Así, la dote que tenia por condicion el *justum matrimonium*, subsistia, áun cuando el matrimonio no fuese un *justum matrimonium*.

sin apercibirse de ello, á una conclusion extraña. Han asimilado el matrimonio del deportado francés, no como se podria creer al del deportado romano, pero sí al del condenado á los trabajos de minas, que se hacia esclavo, y cuyo matrimonio era forzosamente nulo, yendo más lejos aún que el mismo Derecho Romano en su última época, pues Justiniano (Nov. 22, C. 8) abolió la esclavitud de los condenados en obsequio de su matrimonio, gracia que, como hemos visto, se habia rehusado conceder á los franceses que se hallaban en este caso.

El antiguo derecho de Francia, y principalmente la Ordenanza de 1639, cuyo rigor fué señalado por la opinion pública y encontraba en los tribunales una sorda resistencia, dejaba subsistir como sacramento el matrimonio anterior del condenado, de suerte que sus hijos nacian dentro del mismo y heredaban á sus padres (*n*).

El proyecto levantó justas y vivas reclamaciones, desde luego, en el seno del tribunal de apelacion en París (*o*), despues en el Consejo de Estado, donde fué combatido por el primer cónsul con una notable lucidez y gran copia de razones; por el ministro de Justicia y otros miembros del Consejo (*p*), y finalmente en el tribunado, cuando el dictámen del Alto Cuerpo dicho le fué remitido (*q*). El proyecto se combatió en nombre del Derecho Romano y del antiguo Derecho francés, en nombre de la humanidad, y Bonaparte, notablemente, hizo resaltar de una manera enérgica la injusticia que entrañaba rebajar al nivel de la concubina la noble fidelidad de la mujer que deseaba compartir la desgracia de su esposo. Todo fué inútil; el proyecto, bajo la influencia de muy diferentes motivos, se aprobó; consecuencia lógica de premisas históricamente falsas, esto es, de errores que los jurisconsultos habian en su mayoría sentado desde su juventud en el estudio superficial del Derecho Romano y de los cuales no podian

---

(*n*) *Conferencia*, p. 89, 90.

(*o*) Observaciones de los Tribunales de Apelacion sobre el proyecto de Código civil, p. 38.

(*p*) *Conferencia*, p. 86, 89, 88, Comp. Maleville, Análisis razonado, t. I, p. 47, 50.

(*q*) *Conferencia*, t. I, p. 174, 176.

desprenderse (*r*); del ódio inveterado en los hombres de la revolucion contra los emigrados, bien que en su mayoría amnistiados, y que para el resto no tuviera importancia y hubiera cesado de imponerles temor alguno la emigracion; y finalmente, el cuidado celoso de rechazar la influencia antigua de las ideas religiosas sobre el derecho. El esfuerzo victorioso que estos diversos motivos ejercieran resulta evidente del discurso pronunciado por el tribuno Gary para sostener como definitiva la actual redaccion del Código. Cuando una mujer acompaña á su marido deportado, es cruel, dice, considerarla como á una concubina, y á los hijos en el concepto de ilegítimos; pero el derecho produce á veces perjuicios, sin que por ello deba ser ménos inflexible, y de otra parte la mujer encontrará su recompensa en la religion, en su conciencia y en la opinion pública (*s*). Sin duda que esta última puede quitar su rigor á la ley, los tribunales pueden, como en otras materias lo hacen, quebrantarle poco á poco; pero todo esto, lejos de justificarla, prueba seguramente la necesidad de su abolicion.

Examinemos ahora la ley en las consecuencias que trae consigo para el porvenir. En cuanto á los condenados á muerte ó á trabajos forzados perpétuamente no tiene importancia, porque la naturaleza de la pena no dá lugar á las dificultades que nacen con la de muerte civil. Su sucesion se abre inmediatamente; pero esta disposicion, única que les alcanza, es tambien la que ménos se presta á la crítica. Para los emigrados la ley tiene mucha gravedad á consecuencia de las relaciones jurídicas nacidas durante la emigracion, y,

---

(*r*) Si se piensa que el Derecho romano mal comprendido no tiene aquí la influencia que le atribuimos, recomiendo á los lectores el artículo de *Morte civile* del Repertorio de Merlin, donde el autor emplea un laborioso é inútil trabajo para explicar varios pasajes de las Pandectas y fijar su texto. Así, por ejemplo, toma torcidamente su argumento del *postliminium*, y en la p. 373 se entiende por estas palabras de la ley, 4, de cap. «An *qui hostibus deditus*, reversus, nec a nobis receptus est,» un tránsfuga, *un hijo ingrato de la patria*, y refiere este texto á los artículos 18, 19 y 21 del Código civil, observacion que parece increíble.

(*s*) Código civil, seguido de sus motivos, t. II, p. 86.

sin embargo, el número de los interesados disminuye de dia en dia: la ley no tiene importancia permanente más que respecto á los deportados. La deportacion debia ser una institucion política fundada sobre ámplias bases, no obstante que nada de esto se ha realizado y que se muestren aquí en todo su rigor los vicios que antes señalaba. Vanamente se ha alegado que extendiendo la capacidad del condenado, se le ofrecian medios de huir ó de hacerse más peligroso (*t*): para prevenir este mal, sin recurrir á la muerte civil, basta la interdiccion legal que, aplicada á otras penas, llena perfectamente este fin (*u*). Ninguna condenacion á una pena, llevando aneja la muerte civil, ha tenido tanta celebridad como la pronunciada contra el príncipe de Polignac: la sentencia del tribunal de los Pares de 31 de Diciembre de 1830, condenándole á prision perpétua, por equipararse á la deportacion, le declaró en términos expresos muerto civilmente, con todos los efectos unidos por la ley á la deportacion y á la muerte civil; su matrimonio continuó, sin embargo, subsistente, y él tuvo hijos en Ham, lo cual hace resaltar, en el ejemplo citado, los vicios de la legislacion francesa sobre la muerte civil, que prueban evidentemente cómo su abolicion es de derecho.

En 1831, una comision nombrada para preparar la reforma de muchas disposiciones penales, que fueron en efecto modificadas, reconoció la necesidad de cambiar la ley sobre muerte civil, y hubo de condenarle en términos muy violentos; pero se abstuvo de proponer este cambio, observando con razon que no podia hacerse sin tocar una multitud de cuestiones del derecho civil, lo cual salia ya del límite de sus atribuciones (*v*), sin que pueda decirse han variado las cosas, puesto que una proposicion con tendencias á la abolicion de la muerte civil ha sido rechazada por la Cámara en 1834. Una vez señalados los errores de la legislacion francesa, verdaderamente fundamentales, nos vemos obligados á abrazar la

---

(*t*) Conferencia, t. I, p. 128.

(*u*) Código penal, art. 29, 30 y 31.

(*v*) El dictámen de la Comision fué presentado á la Cámara de los diputados el 11 de Noviembre de 1831. Véase el *Diario* del 12 de Noviembre del mismo año.

materia en su conjunto, y buscar qué aplicaciones útiles prestaria al derecho moderno; investigacion que no puede ser considerada como supérflua, porque esta parte de la legislacion francesa ha sido adoptada por diferentes pueblos de Alemania, sin que sea lícito asegurar haya sido detenida aquí su extension á otros paises.

En derecho romano, la mayor parte de los delitos dan lugar á cuatro órdenes de hechos: una pena aflictiva, la *magna capitis deminutio*, la muerte civil y la confiscacion de bienes. Sobre estos hechos se han establecido relaciones falsas que han sido el gérmen de los más graves errores.

La *magna capitis deminutio* y la penalidad, no son en manera alguna idénticas, porque la *relegatio* es una pena y no entrañaba la *capitis deminutio* (*w*); además, el ciudadano romano, hecho prisionero por el enemigo, ó que entraba á formar parte de una colonia latina, sufre la *magna capitis deminutio* sin que se mencione para nada aquí ninguna idea de pena. Estos dos órdenes de hechos quedan, pues, enteramente distintos, teniendo que reconocer que si la ley, por una disposicion formal, estableció la *capitis deminutio* como consecuencia de muchas penas aflictivas, esto no procedia de ningun modo de la naturaleza propia de la pena.

La frase muerte civil (*mors civilis*) es una creacion de tiempo muy reciente, y la definiria como una muerte ficticia, ó sea la asimilacion de un hombre vivo á un hombre muerto: definicion que es una consecuencia legal de la *magna capitis deminutio*, pero no una consecuencia necesaria (t. I, p. 315, n. *a*); además de que sostiene frente á las penas aflictivas el mismo valor que la *capitis deminutio*. El prisionero de guerra está bajo el imperio de esta ficcion, no el *relegatus*, siendo preciso reconocer tambien aquí una consecuencia unida por la ley á á ciertas penas. Pero entonces los romanos no la consideran como una pena, ni como agravacion de pena anterior, ni aun como medio de aumentar su efecto moral, sino como un expediente razonable, cómodo y sencillo para prevenir la multitud de dificultades que surgirian en órden á las sucesiones; porque no pudiendo el condenado mismo ser heredero,

(*w*) Ley 7, § 5, de bonis damn. (XLVIII, 20.)

efecto de la *capitis deminutio* (*x*), para que su presencia no fuera un obstáculo respecto á los demás llamados, se le reputaba muerto, y por tanto extraño á la sucesion. Ficcion que, descansando solo en este propósito, era aplicada únicamente á los efectos *civiles* unidos á la vida natural, de ningun modo en otro caso, ni se seguian rigurosamente sus consecuencias. Así, el deportado puede adquirir y contraer matrimonio, cosas, de otra parte, imposibles para un muerto: su capacidad descansa entonces sobre el *jus gentium*; no sobre el *jus civile*.

La confiscacion es siempre una verdadera pena. No se la encuentra reunida más que accidentalmente á la *magna capitis deminutio* (t. I, p. 314, n. *a*); pero como hechos que son independientes ambos entre sí. Desde la época de la República libre la confiscacion no iba unida ni aun á las penas más severas (*y*); bajo los emperadores se hizo consecuencia ordinaria de la *magna capitis deminutio*, accesoria de una pena (*z*), pero muy mitigada. Desde los primeros tiempos se habia dejado á los hijos del condenado una parte de sus bienes, y despues de muchas modificaciones en la jurisprudencia, Justiniano ordenó que, salvo el crimen de lesa majestad, el hijo seria excluido por los descendientes y ascendientes del condenado, pero hasta el tercer grado (*aa*). La confiscacion, por el contrario, podia tener lugar sin ninguna *capitis deminutio* (*bb*). La confiscacion y la ficcion de la muerte no se encuentran sino accidentalmente reunidas y no depende la una de la otra. Si quisiéramos atenernos rigurosamente á la ficcion, habria, no

---

(*x*) Era absolutamente incapaz de la *bonurum possessio* (Ley 13, de B. P.), y con mayor motivo de la *hereditas*.

(*y*) La sucesion de un condenado por crimen de parricidio, pasaba á sus herederos segun las reglas ordinarias; solo habia duda acerca de la validez del testamento hecho despues de la condena. Ciceron, de In vent. II, 50, Auct. ad Herenn, I. 13.

(*z*) Ley I. pr. de bonis damn. (XLVIII, 20).

(*aa*) Ley I, § 4, 2, 3, de bonis damn. (XLVIII, 20). Ley 10, C. de bonis proscr. (IX, 49). Nov. 17. C. 12.—La ley más reciente es la Novela 134, C. 13. de la cual, la Auténtica *Bona damnatorum C. de bonis proscr.* (IX, 46) difiere solo ligeramente.

(*bb*) Ley 7, § 5, de bonis damn. (XLVIII, 20).

confiscacion, pero sí apertura de sucesion, porque los bienes de un muerto se heredan, pero no se confiscan.

Haciendo aplicacion ahora de estos principios á la facultad de testar, veremos que, desde que la confiscacion de bienes existe, el testamento del condenado es necesariamente nulo, sea que haya sido hecho en época anterior ó posterior á la condena, lo cual no está en armonía con las legislaciones modernas que rechazan la confiscacion.

Entre los romanos, el testamento del condenado á esta clase de penas, se destruia por efecto de la *capitis deminutio*, siendo así que toda *capitis deminutio*, aun la *mínima*, producia este resultado. Si en la época de su muerte el condenado habia sido rehabilitado, su testamento, siempre nulo ante el *jus civile*, se revalidaba por el pretor (*cc*). Una vez incurrido en la pena, no habia testamento, porque ningun *peregrinus* tiene la *testamentifactio* (*dd*): obstáculo que no existe en las legislaciones modernas, siendo así que ellas desconocen la *magna capitis deminutio* de los romanos.

Finalmente, la ficcion de la muerte, tomada en todo su rigor, hace imposible el testamento posterior á la imposicion de pena, puesto que á un muerto no le es dado hacer testamento; pero esta ficcion no se opone á la validez del anteriormente hecho, pues la muerte natural, léjos de invalidar las disposiciones testamentarias, les da fuerza. Esto lo vemos, sobre todo, en el caso en el cual la ficcion de la muerte ha sido introducida por un decreto del pueblo (la *Lex Cornelia*), precisamente para este objeto. Suponíase que el romano prisionero, muerto en poder del enemigo, moria en el momento mismo en que era hecho prisionero, y de este modo se daba validez al testamento que, sin esta ficcion, habria sido nulo por la *maxima capitis deminutio* (*ee*).

Los principios del Derecho romano, sanamente aplicados al derecho moderno, no nos ofrecen, pues, motivo suficiente

---

(*cc*) Gayo II. § 145, 147. Ulpiano XXIII, § 4, 6; Ley I, § 8; Ley 11, § 2, de B. P. secundum tab. (XXXVIII, 11). Ley 8, § 3, de i. cod (XXIX, 7). Cey 6, § 5—13, de injusto (XXVIII, 3).

(*dd*) Ley 8, § 1, 4, quí test. (XXVIII, 1),

(*ee*) Ley 6, § 5, 12, de injusto (XXVIII, 3). Ley 12, qui test. (XXVIII, 1). Ulpiano (XXIII, 5).

para anular el testamento de una persona que habia sido condenada.

Estas consideraciones no prueban de ninguna manera que la muerte civil deba ser abolida de los códigos penales modernos; ellas tienden solo á rechazar falsas apariencias de conexion con las ideas y las tradiciones del derecho positivo y á prevenirnos contra las erróneas consecuencias que de otro modo se seguirian. Las reglas que en esta materia se hace indispensable establecer, son de todo punto extrañas al derecho anterior, siendo preciso buscarlas, no en la historia, sino en la propia naturaleza del asunto: esto se aplica, entre otros casos, á la cuestion de saber si el testamento del condenado á una pena grave, debe ser ó no mantenido como válido.

§ LXXVI.—*Restricciones de la capacidad por consecuencia de la infamia.—Introduccion.*

Por dos motivos he debido tratar como parte del derecho romano actual las restricciones de capacidad que preceden. Primeramente han estado en todo tiempo ligadas de una manera íntima al conjunto de las relaciones del derecho privado, de tal modo, que no se podria saber profundamente su estado actual ó distinguir con seguridad los errores á él unidos sin su exacto conocimiento; y en segundo, porque hay en estas materias muchos puntos importantes, conservados en el derecho actual, que no podrian comprenderse bien si se les desprendiera de su unidad primitiva.

Sin embargo, parecidos motivos no existen para otras restricciones las cuales no han tenido nunca sobre la capacidad sino una influencia muy aislada, y que, en mi concepto, han desaparecido por completo hoy: me refiero á la infamia y á las diferencias de religion. Ambas, en tanto que pertenecen al derecho romano, son instituciones caidas en desuso; pero como esta doctrina sea contraria á la opinion generalmente aceptada, figurando dichas doctrinas en los tratados modernos como parte integrante del derecho comun, su exposicion crítica es de todo punto obligada en el plan de esta obra. Comencemos por la infamia; y á fin de dar una base sólida á esta difícil investigacion, ántes de definirla y de exponer sus

diferentes clases y trazar su historia, la mostraré tal como aparece en la legislacion el Justiniano. Sus principios no podian diferir de los del derecho anterior de un modo absoluto, porque los redactores de las Pandectas tomaron como punto de partida el edicto del Pretor, que reproducen testualmente *(a)*, satisfaciéndose con completarlo ó modificarlo despues. He aquí los diferentes textos tomados de las fuentes que podemos consultar á este propósito:

Tit. Dig. de his qui notantur infamia (III, 2).

Tit. Cod. ex quibus causis infamia irrogatur (II, 12).

A estos textos se refiere directamente una gran parte del decreto del pueblo romano llamado comunmente *Tabula Heracleensis (b)*, del cual hablaré más tarde. Entre los autores modernos señálanse:

Donellus, lib. XVIII, c. 6-8.

Hagemeister en Hugo's civil. Magazin, t. III, n. VIII (1803) página 163-282 de la edicion del tercer tomo, hecha en 1812.

G. Chr. Burchardi, de Infamia. Kilon. 1819, 4, *(c)*.

(a) El fragmento del edicto se halla en la Ley I de his qui not. (III, 2). Hablando de los casos enumerados en este fragmento, y para abreviar, cito simplemente el Edicto, pero segun el texto dado por la Ley I, de his qui not. Esta advertencia es indispensable, porque tenemos una parte importante del Edicto con numerosas variantes en otro texto, probablemente el comentario de Paulo, Fragm, Vat. § 320 (el comentario § 321). Hablaré de estas variantes luego, y en el apéndice VII.

(b) Tab. Heracl, lin. 108-141, en Haubold, Monumenta legalia, edc. Spangenberg, Berol. 1830, p. 122-129.—La ley fué dada el año 709 de Roma y su verdadero nombre es Lex Julia municipalis. Zeitschr. f. Gesch. Rechtswis., t. IX, p. 343-371.

(c) Burchardi p. 5, 11, dice que la mayor parte de estas ideas las ha tomado en los cursos mios que estudió; pero indudablemente devuelve con usura el préstamo, pues los principales puntos de su investigacion los conozco yo por su trabajo. Más tarde Burchardi ha modificado sus opiniones: muchas materias que en mi concepto pertenecen al derecho privado, como el *connubium*, el *commercium*, la *testamentifactio*, son estimadas por él como parte del derecho público y, por tanto, sometidas á la injuria y sus efectos, (Grundzüge des Rechtssystems der Römer p. 272). Si fuera así, las consecuencias de la infamia no se hubieran estendido lentamente á estas materias por disposiciones limitadas y sueltas, como Burchardi lo afirma con motivo de las leyes Julia y de Constantino.

BIBLIOTECA DE LA
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION

Th. Marezoll, über die bürgeriche Ehre. Giessen, 1824, 8, *(d)*.

(Sobre el estado presente de esta institucion.)

Eichhorn, Deutsches Privatrecht. cuarta edicción, § 83-90.

§ LXXVII.—*De los casos diferentes por los cuales se incurre en infamia.*

Los diferentes casos de que habla el epígrafe pueden, segun las fuentes del derecho, reducirse á cinco clases:

1.ª Infamia resultado de la condenacion á causa de un crimen público.

Este caso se ha erigido gradualmente en regla general. El edicto mismo no unia la infamia sino á la *calumnia* ó *prævaricatio*, cometida en un proceso criminal, disposicion que está reproducida en la Tabla de Heraclea (lin. 120-122).— Un decreto del Senado le impuso al condenado por el delito de *vis privata (e)*. Despues, la infamia se estableció como una consecuencia de todas las penas capitales, pero sólo en tanto que duraban (la menor de ellas era la pérdida del derecho de ciudad). La infamia era una circunstancia indiferente y no tenia sentido sino en el caso de que el condenado obtuviera indulto de la pena sin alcanzarlo á un tiempo de la infamia, que era lo más frecuente *(f)*: finalmente, se afirmó en principio que toda pena resultado de un *publicum judicium* fuese infamante *(g)*; mas excluyéndose las pronunciadas á

(d) Obra notable por la profundidad de sus investigaciones y la riqueza de los materiales á donde remito á los lectores para completar esta exposicion, bien que no tenga igual criterio que el autor en muchos puntos capitales. No he creido deber reproducir varias disposiciones de pormenor contenidas en las leyes de los emperadores, porque no han tenido influencia sobre la naturaleza de esta institucion.

(e) Ley I, pr. ad L. Juliam de vi, priv. (XLVIII, 7).

(f) Ley I, § 6-9, de postulando (III, 1). Marezoll, p. 127.

(g) Ley 7, de publ. jud. (XLVIII, 1). Ley 56, pro socio (XVII, 2). Coll. LL. Mos., tit. 4, § 3, combinado con el § 12. Las prescripciones contenidas en la Tab. Heracl, lin. 117, 118, 111 y 112 no son completamente análogas: la ley habla de los que han sufrido en Heraclea un *publicum judicium*, de los que han sido desterrados de Italia por los tribunales de Roma, y sin excepcion de todos los condenados segun la ley Pistoria. En el § 20 está expuesta la causa de esta diferencia.

consecuencia de un *crimen extraordinarium*, las cuales no eran infamantes sino en ciertos casos excepcionales de los que hablaremos bien pronto.

Habia tambien otras causas infamantes que simulaban de alguna manera una condenacion judicial, pero no cumplida; así, se menciona como el primer caso el del soldado que ha recibido su licencia afrentosamente (*d*), la mujer sorprendida en flagante delito de adulterio, pero no condenada (*e*), el que violaba una transaccion hecha bajo fé de juramento (*e'*) y, en fin, el que habiendo presentado una denuncia al fisco, no podia aducir la prueba (*f*).

Como complemento de las disposiciones del derecho romano sobre infamia, citaré la auténtica *habita*, dada por Federico I, para proteger á los estudiantes en Derecho, declarando infame á cualquiera que les injuriare, que bajo pretexto de represalias les roba ó les causa un daño, obligando al delincuente á pagar cuatro veces su valor, y si fuera empleado público, destituyéndolo además de su empleo.

II. Ciertos delitos privados, y, segun el edicto mismo, el robo, el pillaje, la injuria y el fraude.

La infamia resultaba de la condenacion en sí cuando habia sido decretada contra el acusado personalmente; si, pues, se hacia representar por un procurador, ni éste ni el condenado, incurrian en infamia (*g*). El resultado natural de esta disposicion fué hacer inútil la ley, desde el momento que los procuradores fueron generalmente admitidos, puesto que bastaba al acusado hacerse representar para eludir la nota de infamia. En estos diferentes casos, el edicto coloca en una misma ley la condenacion y la transaccion (damnatus pactusve erit), entendiéndose de una transaccion privada hecha

---

(*d*) Ley I, pr. de his que not. (III, 2). «Qui ab exercitu ignominiæ causa ab. Imperatore... dimissus erit.» Este caso está prescrito igualmente en la Tab. Heracl. 1, §121.

(*e*) Ley 3, § 4, 12, 13 de ritu nupt. (XXIII, 2). «Quæ in adulterio deprehensa est, qua si publico judicio damnata est.»

(*e'*) Aquí sólo se trata de contratos que tienen por objeto regular asuntos litigiosos. Ley 41. C. de transact. (II, 4).

(*f*) Ley 18, § 7; Ley 2, pr. de j. fisci (XLIX, 14).

(*g*) Ley 5, § 2 de his qui not. (III, 2). Ley 2 pr. de obsequ. (XXXVII, 15).

á precio de dinéro, no de la satisfaccion dada en presencia del juez ó de la denuncia puramente gratuita *(h)*.

Si, para todos estos delitos no habia accion privada, sino *crimen extraordinarium*, la infamia no subsistia ménos, y tales son los casos excepcionales en los que el *crimen extraordinarium* tiene carácter infamante, que no resulta de ordinario más que del *judicium publicum* (*i*); que el delito conserve su nombre genérico (furtum, injuria) (*k*), ó que bajo una denominacion especial (expilata hereditas, stellionatus), sea objeto de una accion criminal (*l*), no estableciendo diferencia alguna en cuanto á la infamia, y no pudiéndose sustraer de ella nombrando un procurador como cuando los procedimientos privados (*m*) tenian lugar.

Entre los delitos privados infamantes, podemos colocar, en cierto modo, la usura, porque en el antiguo derecho, al ménos, entrañaba una pena privada. Esta pena no existe en la legislacion de Justiniano; pero la usura siempre fué infamente (*n*).

III.—Obligaciones que resultan de ciertos contratos, independientemente de los delitos.

Aquí tambien el juicio es infamante. Las acciones que tienen este carácter, son, segun los términos del Edicto, las acciones pro socio, tutelæ, mandati et depositi; lo cual se confirma en gran parte por muchos pasajes de Ciceron y por la Tabla de Heraclea (*o*).

(*h*) Ley, 6, § 3, de his qui not. (III, 2).

(*i*) Ley 7, de publ. jud. (XLVVII, 1).

(*k*) Ley 92, de furtis. (XLVI. 2). Ley 45, de injur. (XLVII, 10).

(*l*) Marezoll p. 134-136, en donde procura conciliar de una manera satisfactoria la contradiccion aparente que existe entre la ley 13, § 8, de his qui not. (III, 2) y la ley 2 de stellion. (XLVII, 20).

(*m*) Marezoll. p. 167.

(*n*) Ley 20: C. ex quib. caus. inf. (II, 12).

(*o*) Ciceron pro Roscio Com. C. 6, pro Roscio Amer. C. 38,39, pro Caecina C. 2, (in fine) et C: 3. Tab. Heracl. lin. 111.—Para el tutor la infamia resulta, no solo de una condena á consecuencia de la *tutelæ actio*, sino además de su destitucion como *suspectus* § 6, J, de susp. (I, 26). Ley 3, § 18 idem. (XXVI, 10). Ley 9, C. idem. (V, 43).—El tutor incurre tambien en infamia si antes de espirar el plazo fijado por la ley casa á su pupila ó la dá en matrimonio á su hijo, porque estos hechos son asimilados al dol. Ley 60, pr. de r. n. (XXIII, 2). Ley 7. C. de interd. matrim. (V. 6).

Sin embargo, estos últimos textos omiten la *depositi actio*, y añaden la *fiduciæ actio*, que Justiniano debió naturalmente pasar en silencio como una institucion caida en desuso. Es probable que antiguamente el *depositum* sin *fiducia* no entrañase la infamia, y que más tarde, pero mucho antes de Justiniano (Ley 10, C. depos.) la *fiducia*, ya abandonada, hiciera pasar sus efectos al *depositum* en general. Podia aquí aún evadir los efectos de la infamia el acusado, nombrando un procurador (suo nomine... damnatus erit): la infamia no resulta sino de la *directa actio* (con contrario judicio damnatus erit), y, sin embargo, la *contraria actio* era algunas veces infamante, si el que representaba esta accion se hacia culpable de mala fé (*p*).

En cuanto á la *directa actio*, los jurisconsultos están muy divididos acerca de la importante cuestion de saber si estas acciones son siempre infamantes, ó solo en caso de *dolus*, á cuyo caso, como á otros, se asimila la *culpa lata*. Para la primera opinion y la más severa, se invoca el edicto del Pretor, que dice en términos generales y sin hablar del *dolus*: «Infamia notatur... qui pro socio, tutelæ, mandati, depositi... damnatus erit:» y otros textos que reproducen la idea general de este principio (*q*). De la otra parte existen muchos textos, en donde la mala fé está representada como el motivo, y por consecuencia, como la condicion de la infamia (*r*). Pero se responde que si en parecidas circunstancias el demandado se deja llevar ante el tribunal, en vez de pagar voluntariamente, esta *temeritas litigandi*, constituye un verdadero *dolus* que merece la pena de infamia. Este argumento nos conduce á sentar algunos principios propios para conciliar ambos sistemas: 1.° Si hay dolo propiamente dicho, fraude etc., no existe dificultad. 2.° Si el tutor ó el depositario, sin haber cometido anteriormente ningun dolo, rehusa restituir los bienes al pupilo ó el objeto depositado: este caso es idéntico al precedente. 3.° Si en una *arbitraria actio*, el árbitro man-

---

(*p*) Ley 6, § 6, 7, de his qui not. (III, 2).

(*q*) § 2, J. ds pæna temere litig. (IV,16). Tabula Heraci, lin. 111.

(*r*) Ley 6, § 5, 6, 7, de his qui not. (III, 2). «fidem,» «male versatus,» «perfidia.» Ley 22, C. ex quibus caus. (II, 12). «Fidem rumpens.» Ciceron pro Cæcina C. 3. «fraudavit.»

da antes del juicio al demandado pagar una suma de dinero, lo cual rehusa dejándose condenar; una tal *contumacia* puede aquí, como en otros casos (*s*), ser asimilada al *dolus* y entrañar infamia. 4.° Pero no es necesario ir más lejos y extender la infamia á otros casos. Si pues un mandatario que ha cometido una *levis culpa*, rehusa pagar al mandante una indemnizacion excesiva, y llevado ante el juez, es condenado á una indemnizacion moderada, no se le podria evidentemente considerar como un litigante temerario, y castigarle con la infamia repugnaria á toda idea de justicia (*t*).

Para las obligaciones todas sin distincion, la insolvencia es una causa de infamia (bona possesa, proscripta, vendita), y así lo afirman muchos antiguos testimonios (*u*). El derecho Justinianeo nos ofrece indirectamente una prueba escrita de este principio, al decidir que la venta de los bienes resultantes de la *cessio bonorum*, no es infamante (*v*), en oposicion evidente al verdadero concurso que entrañaba la infamia: no se podrian determinar con certidumbre la época, ni los motivos de esta modificacion. Para referir la exencion de la infamia á la abolicion de la antigua *bonorum venditio*, es necesario admitir que no tiene lugar sino despues de la *venditio* perfecta, y no una vez verificada la venta preparatoria, la simple *possesio bonorum* (*x*).

IV.—Actos tocantes á las relaciones del sexo.

Encontramos aquí mucha oscuridad, á causa de la insuficiencia de las fuentes que poseemos, y porque en esta materia, más que en otras, las reglas del derecho carecen de precision y fijeza: veamos los casos siguientes.

(*s*) Así, por ejemplo, para el jusjurandum in litem. Ley 2, § I. de in litem jur. (XII, 3).

(*t*) Donellus, XVIII, 8, § 8-13 desenvuelve perfectamente la opinion más indulgente, que yo adopto, y refuta valiéndose de una hábil interpretacion, las objeciones tomadas de ciertos textos. Marezoll p. 148-155, sostiene la opinion más severa; pero cita sin razon á Doneau como partidario de su doctrina.

(*u*) Ciceron pro Qninctio. C. 15. Tabule Heracl. lin. 113-117. Gayo II, § 154.

(*v*) L. 8. C. qui bon. (VII, 71). L. 11. C. ex quib. caus. inf. (II, 12).

(*x*) Gayo solo habla de la *venditio* como causa de infamia. Los pasajes de la Tabla de Heraclea, tomados á la letra, vienen en apoyo de la opinion contraria.

1.° Inobservancia del período del luto.

El Edicto del Pretor, tal como lo tenemos en el Digesto, dice: si una viuda contrae segundo matrimonio antes de espirar el plazo del luto, sean declarados infames el nuevo marido, si es *paterfamilias*, ó su padre si es *filiusfamilias*, y el padre de la viuda, si ésta se halla bajo su potestad y aquél ha autorizado el matrimonio. La infamia de la viuda parece debiera ser una consecuencia natural de estas disposiciones; pero el Edicto no la señala, si bien su infamia se sobreentendió siempre como una deduccion lógica (*y*) de todo punto necesaria.

Observan en este lugar los antiguos jurisconsultos, que el motivo de la infamia, no era una falta de piedad hácia el difunto, sino únicamente el temor de la confusion del parto, *sanguinis turbatio*; de donde se seguia hubiere lugar á la infamia, aun cuando la viuda, por un motivo especial no hubiera llevado el luto de su primer marido, si, por ejemplo, habia sido culpable de alta traicion. Por el contrario, si la viuda daba á luz poco despues de la muerte de aquél, el segundo matrimonio era lícito, porque la *sanguinis turbatio* no era posible. Así tampoco la inobservancia del luto de los parientes, aun los más próximos, trae consigo la infamia (*z*). Tales son en su conjunto las disposiciones del derecho Justinianeo, y hasta aquí, en verdad, que no surgen dificultades; pero en cuanto al antiguo derecho los testimonios que poseemos son muy contradictorios, sin que se puedan deducir de su estudio resultados ciertos, á no ser que procuremos investigar profundamente la materia. (Véase Apéndice VII).

El tiempo del luto era de diez meses, de acuerdo con la ley fisiológica sobre la duracion del embarazo, el cual no se prolonga nunca más allá de dicho límite (Apendice III). Las leyes de los emperadores cristianos fijaron su duracion en

---

(*y*) L. II. § 3, de his qui not. (III, 2). Entre los manuscritos, los hay que dicen, *si quis* y otros *si quæ*; pero la última lectura está sin duda justificada por el conjunto del texto. L. 15, C. ex quib. caus. (II, 12) L. I. 2, C. de sec. nupt. (V. 9). L. 4. C. ad Sc. Tert. (VI, 56).

(*z*) L. II, § 1, 2, 3; L. 23, de his qui not. (III, 2).

un año (*aa*): y, el derecho canónico tiene en este caso abolida la infamia (*bb*).

2.° Doble matrimonio ó dobles esponsales.

El Edicto declara infame al *paterfamilias* que se halla al mismo tiempo ligado por un doble matrimonio ó por dobles esponsales; y si se trata de un *filiusfamilias*, al padre que le ha autorizado. Sin embargo, bien que luego la disposicion se estendiera á la mujer, el Edicto no habla aquí más que del hombre (*cc*). Aún cuando uno de estos dos vínculos simultáneos fuera nulo (*dd*), no por esto se le libertaba de la infamia, porque lo que se castigaba no era tanto el delito mismo, cuanto la intencion (*ee*); de otro modo no habria habido nunca lugar á la infamia por un doble matrimonio, porque la existencia del primero entrañaba siempre la nulidad del segundo (*ff*).

Independientemente del doble matrimonio y de los dobles exponsables, estos, contraidos durante el matrimonio, eran una causa de infamia (*gg*).

3.° Las mujeres que toman la prostitucion como un oficio (*corpore*, ó bien *palam* ó, ya *vulgo quæstum faciens*).

El texto del Edicto, inserto en el Digesto, calla sobre este punto; la *Lex Julia*, prohibe á los senadores y sus descendientes el matrimonio con esta clase de mujeres, sin hablar

---

(*aa*) L. 2, C. de sec. nupt. (V, 9).

(*bb*) C. 4, 5, X, de sec. nupt. (IV, 21).

(*cc*) Para el caso del año de luto, tan detallado afortunadamente, se vé claro que no se trataba sino de los hombres cómplices de la viuda; para el de los esponsales, la resolucion es ménos clara. El empleo del masculino *quive*, no impediria estender la disposicion á la mujer, porque *quis* se emplea frecuentemente aplicado á la vez al hombre y la mujer, (L. I, de V. S. L. 16). Sin embargo, en este texto *quive* designa únicamente al hombre, no á causa de la analogía del año del luto, sino más bien en razon de esta segunda parte del luto: «*Quive* suo nomine... ejusve nomine *quem quamve* in potestate haberet, et.» La mencion expresa de ambos sexos, prueba que al principio del texto la mujer ha sido omitida intencionalmente y porque así lo quiso el Pretor.

(*dd*) L. 13, § 3, de his qui not. (III, 2).

(*ee*) L. 13, § 4, de his qui not. (III, 2). L. 18, C. ad L. Jul. de adult. (IX, 9).

(*ff*) § 6, 7, J. de nupt. (I, 10).

(*gg*) L. 13, § 3 de his qui not. (III, 2).

de infamia, y prohibe á todo hombre ingénuo el matrimonio con diferentes clases de mujeres, sin hacer mencion de las prostitutas. Ahora bien, estas diferencias no pueden comprenderse sin una investigacion histórica profunda (apéndice VII).

4.° El hombre que se entrega á los placeres de otro, *muliebria passus*, es declarado infame por el Edicto (*hh*), aun sin hacer mencion del interés pecunario.

5.° El Edicto declara infame al que tiene una casa de vicio (*qui lenocinium fecerit*), disposicion reproducida por la Tabla de Heraclea (lin. 123) (*ii*). La cuestion de saber si esta causa de infamia es aplicable igualmente á las mujeres, será objeto de una investigacion especial (apéndice VII).

V. Ciertas profesiones, independientes de las mencionadas en el número IV, llevan consigo la infamia, y así, el Edicto declara infames:

1.° Al que ha representado públicamente sobre un teatro (*kk*).

(*hh*) L. I. § 6, de postulando (III, 1). L. 31, C. ad L. Jul. de Adult. (IX, 9).—El *muliebria passus* no estaba comprendido en el Edicto general sobre los infames (L. I, de his qui not. III, 2), pero se le castigaba más severamente que á los restantes: hablaré de nuevo sobre esta distincion. La Tab. Heracl. lin, 122, 123 no se aplica sino al caso en que el *muliebria passus*, ha recibido dinero: «queive corpori (corpore) *quæstum* fecerit»

(*ii*) Aquí *lenocinium* está tomado en su propio sentido, el de tercería. L. 4, § 2, 3, de his qui not. (III, 2). *Lenocinium* se aplica tambien figuradamente á las mediaciones en los adulterios ó en el *stuprum*; si por ejemplo, un marido autoriza por dinero el adulterio de su mujer. estos casos no están previstos aquí, son considerados como *adulterium* y dan lugar á un *publicum judicium*. L. 2, § 2. L. 8 pr. L. 9, § I, 2, ad L. Jul. de adult. XLVIII, 5).

(*kk*) Qui artis ludicræ pronunciandive causa in scenam *prodierit*. Esta disposicion se aplica á los *lanistæ* (Tab. Heracl. lin. 123); pero no á los *athletæ* y á los *designatores* (L. 4, pr. § 1, de his qui not. III, 2).—Un decreto del Senado prohibió expresamente á las personas de distincion aparecer en la escena, porque de ordinario, por satisfacer sus aficiones á la vida de comediantes, jóvenes pertenecientes á familias distinguidas, se hacian mezclar en un proceso infamante. Suetonio Liber. 35.

2.° Al que se contrata para un combate de fieras, aun cuando no llegue á ejecutarse ó, al que en un anfiteatro toma parte en un combate parecido, no obstante que lo haga gratuitamente (*ll*).

Comparando ahora todos los casos procedentes de infamia, encontramos dos elementos comunes: la infamia siempre unida á una accion personal del que es declarado infame (*mm*); la misma referida al acto, no á la naturaleza de la pena, por ejemplo, á una pena corporal (*nn*).

§ LXXVIII.—*Significacion jurídica de la infamia.*

Veamos de resumir los caractéres que presenta la naturaleza jurídica de la infamia, segun los diferentes casos antes enumerados.

1.° Es necesario que responda á una idea rigurosamente determinada, porque el Edicto enumera sus diferentes casos, y los antiguos jurisconsultos se entregan á investigaciones muy exactas sobre sus límites. Tambien lo notamos por los términos en los cuales la infamia se aplica á un nuevo caso: «et videlicet omni honore *quasi infamis* ex Senatus consulto carebit (*a*);» en donde es evidente que la palabra *infamis* expresa una idea de derecho conocida y precisa, de la cual el Senado hacia una nueva aplicacion.

2.° Síguese además de aquí que hay efectos determinados unidos á la infamia, porque de otro modo el espíritu práctico de los antiguos jurisconsultos no habria tenido objeto al precisar su sentido.

3.° Los casos enumerados son de dos especies: los unos implican una decision judicial, de la cual resulta la infamia; los otros responden á un hecho extrajudicial, que se supone

---

(*ll*) L. I, § 6, de postul. (III, 1). Este no era un caso ordinario, sino uno de los más graves de infamia (Comp. Tab. Heracl. lin. 112, 113).

(*mm*) Este principio ha sido violado por la primera vez, en la ley que declaró infames á los hijos de los condenados por crimen de lesa magestad; pero dicha ley incurrió en todos los tiempos en una reprobacion general. L. 5, § I, C. ad L. Jul. majest. (IX, 8).

(*nn*) L. 22, de his qui not. (III, 2). En Alemania se ha considerado frecuenntemente de otro modo.

(*a*) L. I. pr. ad L. Jul. de vi priv. (XLVIII, 7).

conocido ó de notoria publicidad. Este doble carácter de la infamia nos conduce á precisar las condiciones que debe tener el juicio en los casos de la primera especie (*b*). Los autores modernos han dividido con este motivo la infamia en *mediata* é *inmediata*, distincion supérflua y estéril, cuya forma latina podria hacer creer existia ya en el lenguaje de las fuentes.

4.° Al lado de la infamia definida jurídicamente, existen muchos casos en que el sentido moral de las gentes honradas, apreciando ciertos actos ó los hábitos de toda la vida, impone el deshonor de una manera tan perentoria como si las condiciones todas de la infamia concurrieran reunidas (*c*): por esto los autores modernos distinguen una *juris* y una *facti infamia*. Pero el nombre de infamia debe reservarse á la primera, y estas expresiones tecnicas ser rechazadas como extrañas al lenguaje de las fuentes, y además, porque pueden iuducirnos á buscar para la *infamia facti*, condiciones y efectos rigurosamente determinados, que pertenecen solo á la *infamia juris*. Los que se han procurado atribuir á la *infamia facti*, se reducen á la apreciacion enteramente libre, sea del soberano ó de los ministros en la eleccion de funcionarios, sea de los jueces respecto al grade de confianza que merecen los testigos, ó á la *querela inofficiosi* de hermanos y hermanas. Asi, pues, la distincion referida entre la infamia, no es solo inútil, sino que puede convertirse fácilmente en orígen de errores y verdadera causa de confusion. La imposibilidad de asignar una señal cierta á la infamia llamada *facti*, muestra cuánto difiere de la infamia verdadera; y en efecto, la mala reputacion, aun justamente adquirida, presenta una multitud de grados imposibles de apreciar, aparte que la opinion pública no siempre es equitativa, ya porque obedece á preocupaciones, ya dando oidos á rumores sin fundamento alguno racional.

Hay tambien condiciones y oficios á los cuales se une de

(*b*) Este asunto es tratado detalladamente por Marezoll, pág. 123 y siguientes.

(*c*) Como se expresa claramente en la L. 2, pro de obsequ. (XXXVII, 15). Véase Donellus, lib. XVIII. C. y. § 7.

ordinario una idea de abyeccion, independientemente de todo juicio moral; siendo tan vagos los términos que expresan este órden de ideas como sus efectos sobre el derecho cuyos vestigios encontramos en cualquier parte (*d*).

Veamos ahora sobre qué principio descansa la idea positiva y práctica que debemos buscar en el fondo de la infamia, segun las consideraciones que preceden.

No consultando más que el encadenamiento inmediato de las materias en las fuentes del derecho, parece esto una empresa sencilla y fácil. El Digesto reproduce literalmente el pasaje del Edicto en que se enumeran los diferentes casos de infamia, y al cual se refieren todas las disposiciones posteriores. El Pretor hubo de hablar de la infamia á fin de impedir á los infames pedir en juicio por otros, esto es, comparecer como procuradores ante su tribunal: tambien en el Digesto el título de *postulando* sigue inmediatamente al de *his qui notantur infamia*. Si pues existia ya una idea vaga de la infamia, á la cual los jurisconsultos modernos llaman *infamia facti*, el Pretor podria ser el primero que le ha asignado carácter jurídico, límites precisos y efectos determinados, y desde este momenlo se puede definir así en derecho la infamia: la condicion de los que regularmeute son incapaces de postular por otros (*e*).

Pero esta definicion, examinada escrupulosamente, no parece admisible, y desde luego salta á la vista la desproporcion que existe entre el medio y el fin. La infamia es una cosa grave y séria, independientemente de sus consecuencias jurídicas; y esta idea moral, ¿se habria introducido en el dominio del derecho, solo como señal de incapacidad para postular por otro? Sin duda, que importaba al Pretor apartar de su tribunal las personas indignas, y tal es el motivo que le lleva á hablar de ello en el Edicto; pero para conseguir su fin le bastaba enumerar estas personas sin herirlas con el nombre de infames. ¿Diríase que él imprimia por esto una

---

(*d*) Esta es la idea que expresan las palabras: turpes, viles, abjectæ, humiles personæ. Cmp. Marezoll p. 270 y siguientes.

(*e*) Tal es, en efecto, la opinion de la mayoría de los autores, más ó ménos claramente expresada. Véase entre otros á Marezoll. p. 99, 208 y 212.

pena jurídica á la infamia moral, tanto más cuando esta prohibicion era de ordinario poco eficaz? La mayor parte no tenian obligacion de postular por otros, y los mismos que tuvieran esta necesidad podian, alejándose del tribunal, evitar se descubriese su infamia. Para los particulares, la incapacidad no era en cierto modo sensible, y aquí comenzamos á ver lo que antes decíamos de la falta de proporcion entre el medio y el fin.

Además, la definicion es bajo otro aspecto irreconciliable con el contenido real del *Edicto*, que paso á examinar. El Pretor divide en tres clases las personas á las cuales les niega el derecho de postular; de modo que existen tres Edictos sobre este punto (*f*). La primera clase ó el primer edicto abraza á aquellos cuya incapacidad es absoluta, y que por tanto no pueden postular por sí mismos: se comprenden aquí todos los menores de 17 años y los sordos (*g*); habrian podido añadirse los mudos si no fuere supérfluo, puesto que no interceden oralmente por nadie, ni en este concepto tienen representacion por persona alguna.

La segunda clase comprende los que pueden postular por sí, pero nunca por otros. Estos son las mujeres (*h*), los ciegos y las personas cuyo deshonor es notorio *(in turpitudine notabiles)*, es decir, los hombres que se entregan á los placeres de otro, los condenados por un crimen capital y los que celebran contratos para combatir con las fieras (*i*).

Finalmente, la tercera clase comprende los que pudiendo postular por sí, son inhábiles para hacerlo por otro, á ménos que se trate de personas colocadas en ciertas condiciones ex-

---

(*f*) L. I. § 1, 7, 9, de postulando (III, 1). «Ea propter tres fecit *ordines*»—«tres *ordines* prætor fecit non postulantium,»—«si fuerit inter eos qui *tertio Edicto* continentur.»

(*g*) Ley I; § 3, de postul. (III, I).

(*h*) Este principio sufre, sin embargo, muchas excepciones. Así, las mujeres tienen derecho á postular por su padre, *causa cognita*, si este no puede hacerse representar de otro modo (Ley 41, de proc. III, 3); tenian derecho á gestionar para un tercero, *cognitoriam operam*, si tenía lugar *in rem suam* (Paulo I, 2, § 2). Así, pues, poseian la facultad necesaria para ser cesionarias de una accion.

(*i*) Ley I, § 5, 6, de postul. (III, I). He hablado de estos diferentes géneros de infamia en la enumeracion general de los infames (§ 77).

cepcionales, como el parentesco, la afinidad, el patronato y la imposibilidad de defenderse (*k*). Esta tercera clase abraza: 1.°, Todos aquellos para los cuales un decreto del pueblo, un Senado consulto, un edicto ó un decreto del emperador, establece esta prohibicion; y 2.°, además, «hoc edicto continentur etiam alii omnes, qui edicto prætoris *ut infames notantur* (*l*).»

Con el fin de precisar esta última disposicion, daba el Pretor una lista de los infames, la cual es probable se encontrara en el tercer edicto, relativo á la incapacidad de postular total ó parcial (*m*).

Segun este cuadro de las reglas del derecho, que no atribuimos á las fuentes, pero que se halla directamente expresado, se vé que la filiacion de las ideas y de las expresiones técnicas, no es tal como se la representan los autores modernos. No dice el Pretor que él llame á ciertas personas *infames* y les prohiba postular, porque la eleccion de esta frase no habria estado motivada, ni se concebiria, pues que el pretor, en vez de esta circunlocucion del § 56, *in turpitudine notabiles* no empleó la palabra *infames*, la cual se convertiria de este modo en un término genérico, abrazando á todos los que, faltos de moralidad, eran incapaces. Hé aquí lo que dice efectivamente el pretor: El tercer *ordo* comprende, entre otros, todos los *infames*, es decir, los que no fueron designados en el segundo *ordo*. Por este modo de expresarse el pretor nos muestra la infamia como una idea del derecho antiguo, conocida, cuya aplicacion no le ofrece duda alguna; pero para evitar todo error ó todo pretexto de él, tuvo cuidado de enumerar los *infames* comprendidos en este tercer *ordo non postulantium*. Para este fin práctico no tenia necesidad de reproducir en una nueva lista los *infames* que figuraban ya en

---

(*k*) Ley I, § 8, II; Ley 2, 5, de postul. (III, I).

(*l*) Ley I, §, 8, de postul. (III, I).

(*m*) Donellus, lib. XVIII. C. 6, § I, dice que el Pretor habia dado un edicto especial para los infames. Pero es más verdad aún que el pasaje citado del edicto Ley I, de his qui not. venia despues del pasaje citado Ley I, § 8, de postul, y servia de aplicacion al *tertium edictum de non postulantibus*. La forma en que los compiladores del Digesto han tratado esta materia, parece haber inducido á error á Donean.

el segundo *ordo* y que no lo eran ménos de nombre que de hecho (*n*).

El Pretor no ha inventado, pues, la idea de la infamia, sino que era ya antigua, y lo que sucedió fué que se encontró en la oportunidad de usar una medida entrañada en el ejercicio de sus funciones. Si los antiguos jurisconsultos, hablando de la infamia, parecen referir su origen al edicto (*o*), esto no implica ninguna contradiccion, porque el delito era ciertamente el primer documento escrito que hizo mencion de los infames, y los jurisconsultos; para determinar la idea jurídica de la infamia, debieron naturalmente volver los ojos á él, y para dar á su exposicion más certeza y claridad, tomar como punto de partida antes el nuevo derecho escrito que el antiguo no escrito.

§ LXXIX.—*Significacion jurídica de la infamia.* (Continuacion).

Ahora bien; segun el exámen que precede, el Pretor encontró en la infamia una institucion ya antigua. ¿Qué sentido tuvo antes?

En los tiempos modernos la infamia aparece como una pena, si está sola, ó como la agravacion de otra: entonces es la expresion del despretigio y menosprecio que el Estado infringe por sus órganos á un indivíduo. Mas para obrar así, la

---

(*n*) Podria objetarse que la *calumniæ in judicio publico causa judicatus* incluida entre las *infames* de la Ley I, de his qui not., figura ya en el secundum edictum de la Ley I, § 6 de postul. Pero este § 6 no dice de ningun modo que los condenados por *calumnia* estuviesen comprendidos en el *secundus ordo*, y así no pudiesen postular nunca por un tercero; dice solo que un decreto del Senado prohibió expresamente á estos condenados postular ante el *judex pedaneus*. Por esto el *calumniæ damnatus* no figura en dos edictos, pero el antiguo jurisconsulto, comentador del edicto, ha hecho sobre esta clase de condenados una nota particular que habria sido más oportuna en otro lugar.

(*o*) Ley 5, § 2, de extr. cog. (L. 13). «... vel cum plebeius fustibus caditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, *quæ Edicto perpetuo infamiæ causa enumeratur.*» Ley 2, pro de obsequ. (XXXVII, 15) «licet enim *verbis edicti non habeantur infames*, ita condemnati, etc.»

infamia ha de ser aplicada á un caso determinado; pues mientras se la considera como una regla general, su accion es nula; ó, en otros términos, la idea moderna responde á lo que se llamaria *mediata infamia*, porque el juez pronuncia una sentencia, pero no á la *inmediata infamia*. Aún para la *mediata*, debemos observar que los romanos la miraban como consecuencia natural de la imposicion de una pena, y no como resultado del juicio mismo, lo que, sin embargo, hubo de prestar mucha fuerza al efecto penal de la infamia.

En todas partes la opinion pública forma juicio acerca del honor ó deshonor de las personas, pero habia de tener mayor importancia en una república como Roma, en donde la eleccion del pueblo daba el poder y los honores. Esta opinion, á semejanza de las ideas todas que forma la multitud, es, por su propia naturaleza, incierta y cambiante, y por ello fijar su sentido y regularla dentro de un límite fijo, es empresa difícil. Los romanos poseian dos instituciones inmediata (*a*) y especialmente dirigidas á este objeto, instituciones de las cuales cada una de ellas tenia un carácter diferente, pero análogo á su vez y que se completaban mútuamente, dependiendo ambas de una misma magistratura, y eran: la infamia y el poder discrecional de los censores.

Ciceron lo dice de un modo explícito en el discurso *pro Cluentio*; la infamia descansaba sobre antiguas y precisas reglas, sobre tradiciones no dudosas (*moribus*), no dependia de ninguna voluntad, bien que en ciertos casos debia ser pronunciada mediante un juicio. Pero como estas reglas no bastasen á las necesidades de la vida real, se las suplió por el poder conferido á los censores de infringir, segun su conciencia, el deshonor en sus diferentes grados. En virtud de esta autoridad descrecional, podian expulsar á un ciudadano

---

(*a*) Digo inmediata, po que la mayor parte de las penas ejercen sobre el honor influencias mediatas. En este sentido es como la *existimatio* está representada como *dignitatis inlæsæ status* en la Ley 5, § 1, 2, 3, de extr. cogn. (L. 13). La *existimatio* puede ser aminorada ó destruida: se aminora por la infamia, y aun por penas que no la llevan consigo; se destruye por la pérdida de la ciudad ó de la libertad. El ciudadano que las sufre no goza del honor civil. Véase sobre este texto el apéndice VI, núms. IV y V.

del Senado ó del órden de los caballeros, incluirle en una tribu inferior ó excluirle de todas las tribus. En este último caso se hacia *ærarius* y perdia su derecho de sufragio (*b*); los censores podian arrojar una mancha tambien, añadiendo al nombre del ciudadano en las listas una *nota censoria* (*c*). Pero esto no se hacia siempre, ni ménos necesariamente, por un exámen profundo de los hechos; el rumor público, ó áun las pasiones políticas, podian influir las determinaciones de los censores (*d*). Tambien sucedia con frecuencia que una pareci la *censorum opinio*, fuese anulada por la oposicion de un colega ó la voluntad de nuevos censores, por una decision judicial ó un decreto del pueblo (*e*). La permanencia de estos efectos no tenia nada de cierta (*f*), siendo bien diferente por tanto de la infamia, que duraba toda la vida (*g*). Si, pues, el poder conferido á los censores sobre el honor de los ciudadanos, ofrecia el peligro de la arbitrariedad y de la

---

(*b*) «De senatu moveri... in ærarios referri, aut tribu moveri.» Ciceron, pro Cluentio C. 43.—«Ærarium reliquissent.» ib. C. 45.

(*c*) Se encuentra muy repetida la simple *subscriptio* ó *notatio censoria*, por ejemplo: pro Cluentio, C. 42, 47.—Algunos de estos casos se expresan así: «furti et captarum pecuniarum nomine notaverunt.» C. 42. O, «contra leges pecunias accepisse subscriptum est.» C. 43.

(*d*) Pro Cluentio. C. 45 y C. 47. «In istis subscriptionibus ventum quendam popularem esse quæsitum... ex tota ipsa subscriptione rumorem quendam, et plausum popularem esse quœsitum.

(*e*) Pro Cluentio. C. 43.

(*f*) Pro Cluentio. C 47. «quid est, quamobren quisquam nostrum *censorias subscriptiones omnes fixas*, et in perpetuum ratas putet esse oporteret»

(*g*) Pro Cluentio. C. 42, «turpi *judicio damnati* in perpetuum omni honorem ac dignitate privantur.»—Unas veces el emperador, otras el Senado ó el pueblo, podian eximir de este juicio, sin que por ello hubiera contradiccion. La voluntad aislada de los magistrados no podia, y áun en los tiempos de la república, esta restitucion solemne se vió rara vez, quizá no tuvo lugar nunca. Al *Pretor solo* le era dado hacerlo indirectamente por medio de la restitucion ordinaria, haciendo desaparecer la causa de la infamia: si vg., por un procedimiento irregular se complicaba á un menor en un *famosum judicium*, y este se hacia restituir, el nuevo *judex* lo absolvia de la demanda. L. I, § 9, 10, de postul. (III, 1).

injusticia, existia más de un camino para evitarlo. La infamia, irrevocable por su naturaleza, era más de temer; pero descansando en reglas precisas y conocidas, cada uno estaba obligado á evitarla.

El anterior paralelo nos conduce á determinar el carácter práctico de la infamia, la cual no es otra cosa que la pérdida de todos los derechos políticos, excepto el derecho de ciudad. El *infamis* se convertia en *ærarius*, perdia su derecho de sufragio y elegibilidad (*suffragium et honores*), pudiendo definirlo así: se llama *infamis* el romano que, por la aplicacion de una regla general, y no en virtud de una decision arbitraria de los censores, pierde todos sus derechos políticos conservando solo sus derechos civiles.

Antes, sin embargo de procurar justificar esta definicion, voy á deducir algunas consecuencias, hipotéticamente, que servirán para esclarecer su idea:

1.° La infamia se presenta como una especie de capitis deminutio, es decir, media ó incompleta, *media* capitis deminutio, pues que el ciudadano, perdiendo sus derechos políticos, conserva los del órden civil, y su capacidad, anulada en la primera esfera, permanece íntegra respecto á la segunda.

2.° La infamia pertenece esencialmente al derecho público, bien que tenga tambien sus efectos en el privado (*i*).

3.° Produce los mismos efectos que el poder de los censo-

(h) Segun los términos de Ciceron, se podria creer que parecidas injusticias eran muy comunes; pero debemos tener presente que Ciceron atacaba un proceso censorial y que estaba obligado, en interés de su cliente, á mostrar esta jurisdiccion como defectuosa. Es verdad que los censores ejercian sus poderes con una severidad justa, y no se comprende de otro modo la influencia de que gozaron sus cargos y el respeto que se les tenia; pero no lo era ménos que á veces consideraciones personales determinaban juicios de estos magistrados, áun cuando raramente, no obstante; además, que la parcialidad no fuese en manera alguna incompatible con sus funciones.

(i) Burchardi ha sido el primero que ha conseguido poner en claro este carácter esencial de la infamia. Hagemeister lo indica al fin de su tratado (p, 181) asignándole un lugar entre las materias del *jus civitatis*.

res en sus límites extremos, pero con la diferencia de que, como basada en reglas generales, es irrevocable.

4.° Como la infamia no estaba fijada por las leyes, sino por las antiguas ideas nacionales (*moribus*), era necesario para asegurarla y regular su aplicacion, la vigilancia de la autoridad. Este cuidado se hubo de encomendar á los censores, quienes redactando las nuevas listas senatoriales de las tribus, etc., tenian ocasion de incluir á los infames entre los *ærarii*, es decir, excluirlos de todas las listas. Se hacia necesario entonces, segun reglas establecidas, lo que en otros casos practicaban arbitrariamente, y de este modo fué cómo aplicaron las reglas de la infamia, completándolas en virtud de su poder discrecional (*k*). Si los censores olvidaban este deber de su cargo, el cónsul ó el pretor, dirigiéndose á los comicios, podian siempre rechazar á los infames que se presentaran candidatos ó como simples votantes.

5.° Bajo los emperadores la infamia debió perder su importancia cuando los derechos políticos se relegaron á un papel secundario, y la formacion de las tribus, las listas del censo, etc., no continuaron viviendo con su antigua pureza; desde entonces la infamia no se mostró sino en sus efectos menos importantes, y solo así se explica el carácter enigmático de las fuentes del derecho en esta materia.

§ LXXX.—*Significacion jurídica de la infamia.* (Continuacion.)

Voy á probar ahora que la infamia consistia efectivamente en la pérdida de todos los derechos políticos del ciudadano romano, y examinar, además, sucesivamente primero y en su conjunto despues, las partes constitutivas de estos derechos, *suffragium et honores*.

1.° Pérdida de los honores. En este lugar, la palabra *honores* designa toda posicion política elevada (*dignitas*) y no solo las magistraturas; además comprende la pérdida de una dignidad presente y la incapacidad para el ejercicio en el porvenir de nuevas dignidades.

Esta parte de mi proposicion no puede rechazarse. Cice-

(*k*) Cmp. Niebuhr, t. II, p. 448-451 (2.ª y 3.ª id).

ron dice expresamente que la infamia excluye para siempre del *honor* y de la *dignitas* (§ 79, *g*), reconociendo tambien un decreto del Senado, que la exclusion de todo *honor* pertenece esencialmente á la condicion del *infamis* (§ 78, *a*). El principio se mantiene siempre bajo los emperadores (*a*), pero muy modificado por el cambio de la Constitucion; no era como otras veces una regla precisa de derecho, obligatoria para todos los funcionarios, sino una especie de declaracion imperial; y, naturalmente, el emperador se reservaba, cuando se trataba de conferir un cargo, extender ó restringir la idea de infamia, segun las circunstancias. Por esto se explican la vaguedad é incertidumbre que se notan en una ley de Constantino (*b*), cuyas expresiones, poco conformes al rigor del antiguo derecho, eran muy apropiadas, sin embargo, al tiempo en que él vivia. La Tabla de Heracléa, confirma tambien el principio sentado, como más adelante lo demostraré.

2.° Pérdida del *suffragium*, ó lo que es igual, exclusion de todas las tribus y relegacion entre los *ærarii* (*c*).

(*a*) L. un. C. de infam. (X, 57). L. 3, C. de re mil. (XII, 36). L. 8. C. de decur. (X, 31).

(*b*) L. 2. C. de dign. (XII, 1). «Neque famosis, et notatis, et quos scelus aut vitæ turpitudo inquinat, *et quos infamia* ab honestorum cœtu segregat, *dignitatis portæ potebunt*.—Burchardi observa con razon que aquí la idea vaga de una *infamia facti* se sustituye á la idea precisa de infamia, tal como la define el derecho. Pero no se ha de ver en esto un cambio sufrido en las reglas del derecho sobre infamia ni menos una interpelacion de Justiniano. Las últimas palabras del texto significan claramente: «de tales gentes no debe el emperador hacer distincion de ninguna clase.» Además, no hay aquí ningun principio que deba ó pueda dar lugar á condiciones riguresamente determinadas.

(*c*) Hé aquí algunos pormenores que justifican las palabras de que hago uso: en tanto que hubo en Roma tres clases de comicios distintos, la inscripcion sobre las tablas de una tribu daba derecho de votar solo en los *tributa comitia*, no en otros: pero esto cambió pronto. Las curias desaparecieron, y no se conservó memoria de ellas sino en alguna vana fórmula, y las centurias, estrechamente unidas á las tribus por nuevos lazos, fueron consideradas como parte integrante suya. (V. Ciceron pro Plaucio, C. 20 y otros muchos pasajes). A partir desde esta época, la inscripcion mencionada equivale al derecho de sufragio,

El segundo punto podria parecer dudoso, porque, si cuando se trata del derecho de ciudad, más ó ménos completo, concedido á las ciudades extrañas, el *suffragium* y los *honores* no se separan jamás, se concebiria que, por una institucion de derecho positivo como la infamia, la elegibilidad no se le hubiera concedido al infame y hubiera conservado el derecho de sufragio, de importancia secundaria comparado con la elegibilidad. Sin embargo, sucedia de otro modo, y hé aquí los testimonios que lo prueban. Ante todo, Ciceron, en el texto antes citado (§ 79, *b. g.)*, poniendo en paralelo el deshonor que infringen los censores y la infamia, nos presenta el primero como más fácil de ser aplicado, y al segundo como más penoso en sus efectos. Segun el mismo (Ciceron) el poder de los censores se extiende hasta relegar á un ciudadano entre los *ærarii*; pero la infamia no podria tener ménos efecto en su grado mínimo que el poder discrecional de los censores en su límite último.

Dichas diferencias resultan más aún de muchos textos referentes todos á la clase de comediantes: *tribu moventur*. Así, hablando de los *atellanes*, género de comedia tomado de los Oscos, Tito Livio y Valerio Máximo observan que á diferencia de las comedias ordinarias, los actores que las representan no son excluidos de las tribus ni se consideran incapaces de servir en las legiones (*d*). San Agustin dice en términos generales, que todos los que abrazan el oficio de comediantes son inmediatamente excluidos de las tribus por los censores (*e*). Y además, como sabemos que los come-

---

y los que, relegados entre los *ærarii*, no pertenecian á ninguna tribu, perdian al mismo tiempo el derecho de sufragio sin tener la obligacion de servir regularmente en los ejércitos de la República.—Niebuhr, t. I, p. 492-495, 4.ª ed. (521,-524, 3.ª ed). Comp. t. III, p. 346-352, 383.-384.

(*d*) Livio, VII, 2. «Quod genus ludorum ab Oscis acceptum tenuit juventus, nec ab histrionibus pollui passa est. Eo institutum mane., ut actores Atellanarum, *nec tribu moveantur, et estipendia tamquam expertes artis ludieræ, faciant.*»—Valerio Maximo II, § 4. «Nam neque *tribu movetur*, neque á militum stipendiis repellitur.»

(*e*) Agustin, De civitate Dei II, 13. «Sed, sicut apud Ciceronem idem Scipio loquitur, cum artem ludieram scenamque totam probro ducerent, genus id hominum non modo *honore* civium reliquorum *carere*, sed

diantes eran infames (§ 77), todo nos hace creer que la pérdida del derecho de sufragio resultaba de su infamia; lo cual se encuentra formalmente expresado en el texto de San Agustin, porque al unir la infamia de los comediantes y su exclusion de las tribus, parece identificar ambas cosas (*f*).

Podemos ahora esplicarnos la relacion un poco oscura que existe entre la Tabla de Heraclea y las disposiciones del

---

etiam *tribu moveri notatione censoria* voluerunt. Burchardi, p. 46, piensa que segun este pasajo, son los censores los que excluyen á los comediantes de su tribu y que así la infamia no procedia de pleno derecho. Para conciliar este texto con los principios, dice que San Agustin ha podido equivocarse hablando de la censura, institucion abandonada desde hacia mucho tiempo hasta la época en que vivia. Pero los censores estaban encargados de la ejecucion de las leyes sobre la infamia (§ 79); ellos estendian las listas de las tribus y borraban el nombre de los ciudadanos hechos infames despues del último censo. Así pues, el texto de San Agustin no contradice de ninguna manera las reglas aquí expuestas; podría á lo más acusársele de haber empleado una expresion que se aplica ordinariamente al poder discrecional de los censores y que, por tanto, conviene en sí misma á la infamia propiamente dicha.

(*f*) El doble sentido de la frase *tribu movere* podría dar lugar á dudas. *Tribu movere*, significa propiamente expulsar á un ciudadano de la tribu de la cual formaba parte. Pero el ciudadano así expulsado, puede ser incluído en una tribu inferior, pasar de una tribu *rústica* á una *urbana*, ó bien ser arrojado de todas y colocado entre los *ærarii* (Niebuhr, II, 448). Si se habla del poder discrecional de los censores, *tribu movere* es tomado en el primer sentido y se distingue de *in ærarios referri*, y tal es tambien el sentido del notable texto de Tito Livio sobre esta locucion (Livio XLV, 15), texto que explicaré (§ 81, *c*).—Si se trata por el contrario de los efectos de una regla general, de la relativa á los comediantes, por ejemplo, *tribu moveri*, es evidentemente sinónima de *in ærarios referri*, porque de otro modo la omision de la tribu inferior, haria la expresion incompleta; de otra parte el cambio de tribu conviene muy bien al poder discrecional del censor; pero presentado como aplicacion de una regla general, tendría un caracter de pequeñez y sutilidad. Añado que en Tito Livio y Valerio Máximo (nota *d*), *tribu movere*, significa ciertamente arrojar de todas las tribus, porque esta medida está relacionada con el servicio militar; y la incapacidad que resulta de aquí, procede de la exclusion absoluta (nota *c*) y no de la traslacion á una tribu inferior.

edicto tocantes á la infamia. El decreto del pueblo, consignado en esta inscripcion, no dice una palabra de la infamia, pero reproduce casi absolutamente todos los casos representados como de infamia por el pretor. El decreto del pueblo prohibió á todos los que designa, llegar á ser en su ciudad *senatores, decuriones, conscripti*; reivindicar ninguno de los honores unidos á estas funciones, ni ejercer magistratura alguna que diera entrada al Senado, todo bajo la pena de una multa de 50.000 sutercios (9.375 pts.) (Linea 109, 110, 124 y 141). Se puede encontrar aquí lo mismo una confirmacion que la reputacion de mis doctrinas, porque de un lado, la Tabla de Heraclea excluye de los honores y de las dignidades á casi todos los que el edicto llama *infames*, y de otro, no les quita el derecho de sufragio. No podría objetarse que en esta época los municipios y las colonias no tenían de ordinario asambleas populares, pues esta misma ley hace mencion expresa de ellas (*g*), y, he aquí como se explica esta diferencia. La participacion en las asambleas del pueblo romano, llamada á pronunciar sobre las más graves cuestiones del imperio, era más importante que la tenida en los comicios de una ciudad cualquiera. No habia pues, inconsecuencia en excluir de los comicios de Roma todos aquellos que los romanos llamaban *infames*, y admitirles á los comicios de los municipios, rehusándoseles en estos mismos municipios, los honores y las distinciones. Por esto se aceleraba el movimiento que, bajo los emperadores, tendia á transformar las ciudades italianas en corporaciones aristocráticas (*h*); transformacion inevitable si, la extension monstruosa del derecho de ciudad á la Italia entera, debia tener algun sentido. Mirado el asunto bajo este aspecto, el solo que puede arrojar luz sobre el carácter enigmático del decreto, se encuentra una nueva confirmacion del principio de que la infamia era esencialmente de derecho público.

Si se comparan ahora los diferentes casos de infamia, tales como el edicto los presenta y los enumera la Tabla de

---

(*g*) Tab. Heracl, lin. 132, «neve quis ejus rationem *comitiis conciliare* habeto.»

(*h*) Comp. Savigny, Historia del Derecho romano en la Edad Media, t. I, § 6, 7.

Heraclea, encontramos para los principales, una concordancia perfecta y que ya hemos señalado (§ 77). Si algunas veces la Tabla de Heraclea se muestra más severa (§ 77, *c*), procede esto seguramente de que la naturaleza de las exclusiones que pronuncia, admite más rigidez. Pero admira verla en ocasiones más indulgente que el Edicto pretorio; así, no habla de la violacion del luto, ni del doble matrimonio, ni establece infamia contra el *muliebria passus* que se hace pagar (§ 77, *hh*). Despues del decreto quizá hubiera en las ideas un cambio que motivara las disposiciones del Edicto; quizá se unieran á ellas las de las leyes Julia y Papia Poppea, ó si estas eran más antiguas, quizá la Tabla de Heraclea tomase en consideracion las diferencias del derecho de familia existentes en ciertas partes de Italia, y al cual esta ley, esencialmente política, no quiso tocar. El decreto no hace mencion de la accion *vi bonorum raptorum*; pero se sabe que ésta no fué introducida, sino con ocasion de las guerras civiles (*i*), y sin duda no se quiso hablar en una ley fundamental sobre los municipios de una accion que se referia á circunstancias pasajeras.

§ LXXXI.—*Significacion jurídica de la infamia.* (Continuacion.)

Hé aquí, finalmente, los testimonios á la vez relativos á los *honores* y al *suffragium* y que confirman mi doctrina en su conjunto, porque nos presentan la infamia como una cosa capital, una *deminutio capitis*, limitada, no obstante, á los derechos políticos (§ 79).

Ciceron en su oracion pro Roscio (cap. 6) dice, hablando de las tres acciones infamantes *fiduciæ, tutelæ y societatis*, que son «summæ existimationis *et pene dicam capitis*.» En su oracion pro Quinctio, examina la cuestion de saber si su cliente ha quebrado realmente (bonorum possessio) llamando muy repetidas veces y en términos formales á este procedimiento, una *capitis causa* (cap. 8, 9, 13 y 22), lo que no puede explicarse sino por la infamia resultante de la quiebra (§ 77). El mismo (cap. 15), nos presenta la infamia como la triste condicion que procura evitar á su cliente, y de este

---

(*i*) Savigny, Zeitsch. f. gesch. Rechts wiss. t. V, p. 126-130.

modo, la identidad de la infamia y de la *capitis causa*, resulta evidente de todo el discurso citado.

Todavía existe un texto que se refiere más directamente al asunto: Tertuliano, hablando de la infamia de los comediantes, denomina su estado una *capitis minutio*, presentándolos como privados de todo género de honores y distinciones (*a*). El rescripto de Severo, citado por Modestino, el cual dice que la expulsion del Senado no es una *capitis deminutio*, concuerda con estos principios (*b*). Dichas expresiones tienen por objeto distinguir profundamente la pérdida de la dignidad senatorial de la incapacidad general unida á la infamia. Lo único que el emperador quiso decir fué que la deposicion de un senador no era infamante, y, como para manifestarlo así, se limita á afirmar que no implica la *capitis minutio*, reconoce por esto mismo la identidad de la *capitis minutio* y de la infamia.

Finalmente, esta doctrina se confirma con un pasaje notable de Tito Livio (XLV, 15), del cual hablé antes. Antiguamente, todos los manumitidos se incluian en las cuatro tribus urbanas, que eran ménos consideradas que las restan-

---

(*a*) Tertullianus de spectaculis, C. 22. «Quadrigarios scenicos... manifeste damnant *ignominia et capitis minutione*, arcentes curia, rostris, senatu, equite, ceterisque honoribus.» Si cada una de estas palabras se tomase en su riguroso sentido, la exclusion de los *rostris*, enumerada entre las consecuencias de la infamia, significaria evidentemente la prohibicion de comparecer en la tribuna de las arengas, es decir, de participar en las Asambleas del pueblo, y sabríamos con seguridad y de un modo directo que el infame se hacia *ærarius*.

(*b*) L. 3, de senator. (I, 9). «Senatorum remotum senatu *capite non minui*, sed morari Romæ, D. Severus et Antoninus permiserunt.» En este caso no procedia la infamia, lo cual prueba principalmente la adicion de *sed morari Romæ*; la cual puede parecer singular, porque la *capitis deminutio*, una vez realizada, no impedia residir en Roma. Estas palabras hacen referencia á que los soldados castigados afrentosamente, á los cuales se los consideraba infames, no podian habitar en Roma ni en ninguna residencia imperial. (L. 2, § 4, de his qui not: L. 3. C. de re milit.) Lo que el rescripto, pues, quiso decir fué que no se engañaran por una falsa analogía, y creyeran que el senador expulsado fuere, como el soldado á quien se le imponia el referido castigo, declarado infame y obligado á dejar la ciudad.

tes; pero sometida unas veces esta regla á excepciones legales y otras abusivamente violada, los manumitidos se encontraron dispersos entre todas las tribus. Para reprimir en definitiva este desórden, el censor Graco resolvió expulsarles de todas, ó lo que es lo mismo, reducirlos á la condicion de *ærarii*, ó quitarles el derecho de sufragio; pero su colega Claudio se opuso á esta medida que miraba como violenta é ilegal.

Por último, los dos censores acordaron, sin quitar á los manumitidos el derecho de sufragio, relegarlos á las cuatro tribus urbanas, ó mejor á una sola, que seria designada por la suerte. Claudio, en la oracion en la cual combate la exclusion completa de los manumitidos, se expresa en estos términos: «negabat... *suffragii lationem* injussu populi censorem cuiquam homini, nedum ordini universo, adimere posse. Neque enim, si tribu movere posset, quod si nihil aliud, quam mutare jubere tribum ideo *omnibus* XXXV *tribubus emovere posse, id est civitatem libertatemque eripere* (c).» Dice aquí formalmente que la pérdida del derecho de sufragio ó la exclusion de todas las tribus, entrañaba la pérdida del derecho de ciudad en cuanto á los derechos políticos solo y de ningun modo por lo que hace á los del órden civil. Si se procurara ahora establecer por los testimonios citados (§ 30), que el infame era excluido de todas las tribus, se vé por la

---

(c) La traslacion á una tribu inferior y la exclusion de todas las tribus se ven aquí con mas claridad que en parte alguna. *Tribu movere*, no se aplica sino al cambio de tribu, y, como se trata del poder arbitrario de los censores, vemos confirmado lo ya dicho (§ 80, *t*) sobre el empleo de esta frase. Tambien se lee en el mismo capítulo de Tito Livio, refiriéndose á los censores: «Plures quam a superioribus et senatu emoti sunt, et quos vendere jussi. Omnes idem ab utroque *et tribu remoti et ærarii facti.*» Aquí, pues, se encuentra la misma distincion que en Cicerون (§ 79, *b*).—Si Claudio en su oracion niega á los censores el derecho de expulsar á un ciudadano de todas las tribus y reducirle á la condicion de *ærarius*, Tito Livio le dá lugar á una completa controversia, porque los censores tenian incontestablemente este derecho; y citaré como prueba, no solo el testimonio de Cicerون (§ 79, *b*), sino la conducta del mismo Claudio, á quien Tito Livio lo presenta incluyendo entre los *ærarii*, de acuerdo con su colega, los senadores y caballeros expulsados de todas las tribus.

oracion de Claudio que incurria en la pérdida de sus derechos políticos, y, por consecuencia, en una *capitis deminutio*.

Bajo los emperadores, el goce de los derechos políticos perdió toda su importancia, ejerciendo además influencia este cambio en las ideas y el lenguaje de los jurisconsultos. Desde entonces las expresiones *capitis deminutio* y *capitis causa*, no se aplicaron á los casos de simple infamia, sino á los de pérdida completa del derecho de ciudad; y por esto en las fuentes del derecho, la *capitis deminutio* se refiere exclusivamente á la capacidad del derecho privado (Apéndice VI, núm. XIII). Un pasaje notable de Modestino atestigua esta modificacion del lenguaje L. 103, de V.S. (L. 16.) «Licet *capitalis* latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio *capitalis*, mortis vel amissionis civitatis intelligenda est.» Es decir, en el lenguaje actual de los jurisconsultos y de las leyes imperiales, la muerte y la pérdida del derecho de ciudad son las únicas penas capitales; sin embargo, entre los autores clásicos (latine loquentibus), la infamia es incluida tambien entre las penas capitales (*d*). El aserto general de Modestino se encuentra confirmado por las aplicaciones particulares de un gran número de textos (*e*).

(*d*) Así Modestino distingue una fraseología antigua y otra nueva: una general y otra jurídica, porque ella fué creada por los jurisconsultos. Marezoll p. 112 y 143 se engaña cuando explica el *latine loquentibus* por el lenguaje ordinario de la vida, y no vé en los textos de Ciceron, antes citados, más que una exageracion oratoria. Si no conociéramos más que la oracion pro Roscio en el pasaje precedente, esta opinion seria probable; pero no se la puede sostener en vista de la oracion pro Quinctio, en donde la frase *latine loquentes* tan repetida está como si se tratara de una expresion conocida por todos.

(*e*) § 2, J. de publ. jud. (IV, 18). «Capitalia dicimus quæ ultimo supplicio afficiunt, vel aquæ aut ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cetera *si quam infamiam irrogant* cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, *non tamen capitalia*.» § 5, I. de cap. dem. (I, 16). L. 28, pr. § 1; L. 2 pro de publ. jud. (XLVIII, 19). L. 14, § 3 de bon. lib. (XXXVIII, 2). L. 6, c. ex quibus caus. inf, (acerca de este último texto, véase el apéndice VI n.° V).—El rescripto de Severo (nota *b*) parece consignar una excepcion, pero no debemos sorprendernos de encontrar cierta incertidumbre en un cambio de lenguaje que

§ LXXXII.—*Consecuencias secundarias de la infamia.*

Hemos visto que la infamia pertenece esencialmente al derecho público; sin embargo, ejerce sobre el derecho privado influencias diversas, que paso á enumerar.

1.° La primera, de la cual me he ocupado ya (§ 78), se refiere á la capacidad para pedir en juicio. El infame no puede entablar una peticion ante el pretor, sino para sí mismo ó para ciertas personas colocadas en una situacion excepcional (§ 78, *k*): en principio, no podia postular por otro.

Resulta de aquí, que salvo los casos exceptuados más arriba, el infame no puede ser *cognitor* (*a*) ni procurador, porque las incapacidades personales son las mismas para una y otra cualidad (*b*).

Sucedía además, y este punto es de verdadera importancia, que el infame no podia nunca llegar á ser cesionario de

---

sin duda se ha verificado gradualmente; de otra parte, el rescripto se sirve de la antigua fraseología por vía de negacion, es decir, de una manera indirecta y no para establecer una disposicion original y positiva.

(*a*) Fragm. Vaticano, § 324. «Ob turpitudinem et famositatem prohibentur quiden (ms. *quidam) cognituram suscipere* adsertionem non, nisi suspecti prætori.» Paulo I, 2. § I. «Omnes infames, qui postulare prohibentur, *cognitores fieri non possunt*, etiam volentibus adversariis.» En favor de la interpretacion del manuscrito *quidam*, se podría decir que esta palabra, expresa una clase de personas exceptuadas; pero aquí se trata de una ley general y la frase *quidam* está suficientemente justificada por la oposicion entre la *adsertio* y la *cognitura*, y como el jurisconsulto habia tenido presente esta oposicion, pasa la excepcion en silencio. Este principio del antiguo derecho, ha sufrido una singular metamórfosis en el decreto de Graciano, c. I, C. 3, q. 7. «Infamis persona nec procurator esse potest nec cognitor.» Esta regla es atribuida á una Romana synodus que seguramente la habia tomado del Breviarium. Dicha redaccion, que no se encuentra en el texto de Paulo ni en la *interpretatio* que poseemos, pertenece á una recomposicion posterior (Savigny. «Histoire du doit romain au moyen age,» t. II, § 20).

(*b*) Fragm. Vatic. § 322, 323.

una accion (c); porque para llevar á cabo la excepcion hubiera necesitado se le nombrase *cognitor* ó *procurator* (d).

Esta consecuencia de la infamia, desapareció desde que se hubo comenzado á efectuar la cesion, sin nombrar *cognitor* ó procurator, por medio de *útiles actiones*, y al cesionario, obrando en su propio interés, lo cual se le permitía siempre al infame, y no figurando como *procurator*, no se le podía oponer la letra del edicto (e).

Finalmente, el infame era incapaz para ejercitar una accion exclusivamente popular, porque la multa impuesta al acusador, tenía el solo objeto de garantizar el interés público y obraba entónces como *procurator* del Estado (f). Si el acusador representaba, además, un interés privado, la accion adquiría entónces un carácter mixto y no se le rehusaba al infame (g).

Estas medidas eran tomadas en consideracion á la dignidad del pretor, ante cuya presencia no se quería aparecieran hombres deshonrados sin necesidad y arbitrariamente, y por esta razon dice Paulo en términos esplícitos que el consenti-

---

(c) Paulo, I, 2, § 3. «*In rem suam* cognitor procuratorve ille fieri non potest, *qui pro omnibus postulat.*» Por tanto están excluidos todos los que se comprenden en el segundo y tercero edicto de postulando, y así vemos que la *interpretatio* aplica con razon esta regla á la exclusion de los infames. El texto podría, segun dichos términos, entenderse tambien de la exclusion de las mujeres, si no se leyese en el párrafo segundo que precede inmediatamente: Feminæ in rem suam *cognitoriam* «operam suscipere non prohibentur.» Las mujeres, pues, no pueden ejercitar la *procuratoriam*.

(d) Gayo, II. § 39. L. 24, pro. de minor. (IV, 4). L. 3. § 5 de in rem verso (XV, 3).

(e) L. 9. C. de her. vel act. vend. (IV. 39). «*Utiliter* eam movere *suo nomine* conceditur.» Suo nomine, es decir, que no se le pueden oponer las restricciones especiales relativas á los procuradores. Con respecto al demandado, la accion es siempre la del cedente, y por tanto está sometida á las mismas excepciones que antes de la cesion.

(f) L. 4, de pop. act. (XLVII, 23). «Popularis actio integræ personæ permittitur: hoc est, cui per edictum postulare licet.» Las mujeres tambien estaban excluidas. L. 6 eod. – Véase sobre acciones. § 73, H.

(g) Este principio no se consigna expresamente sino para las mujeres.—L. 6 de pop. act. (XLVII, 23), pero se aplicaba, sin duda alguna, á los infames.

miento del demandado no habría tenido aquí efecto alguno (nota *a*). Pero este no debia ser obligado á aceptar como contrario un *cognitor* ó un *procurator* infamado, y como sancion de este derecho, tenía una *procuratoria exceptio*, que el pretor no hubiera, seguramente, podido negarle por condescendencia hacia el infame. Justiniano abolió esta excepcion, de otra parte, caida ya en desuso (*h*); pero es preciso no creer que los infames habrían podido libremente postular, lo cual estaría en abierta contradiccion con las disposiciones del Digesto; sucediendo únicamente que el pretor podía rechazar de oficio, sin que su adversario tuviese una excepcion á este efecto ó le fuera dado servirse de ella como de un medio dilatorio.

La misma ley de Justiniano (nota *h*), es la que nos enseña que una parecida excepcion prohibia al infame nombrarse un *procurator*, excepcion que el mismo emperador abolió tambien. Se pensaba probablemente que sería más fácil al demandado rechazar las pretensiones del demandante infame si éste compareciera en persona: la dignidad del magistrado no estaba interesada en la cuestion, ni podía tampoco como en el caso precedente repeler de oficio al *procurator* nombrado por el infame. El principio que habia dado lugar á esta segunda *procuratoria exceptio*, debía desaparecer con la excepcion misma, y hé aquí la razon de por qué las otras partes del derecho Justinianéo, no nos ofrecen rastro alguno de ella. En el antiguo derecho, esta incapacidad tenía una

---

(*h*) § II. J. de except. (IV, 13. «Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam, *vel dantis*, *vel ipsius procuratoris*, opponebantur: cum in judiciis frecuentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus: nedum de his altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.—Marezoll p. 215-217 expone muy bien el motivo y los efectos de esta innovacion, si bien dá á las palabras *nullo modo* una interpretacion formada. Hé aquí su sentido natural: «estas *excepciones* se presentan muy rara vez, lo que prueba no son necesarias en la práctica: y las vemos abolidas á no ser para utilizarlas como un medio dilatorio.» *Frequentari nullo modo*; expresa la aplicacion poco frecente de un principio, lo que difiere mucho de su abolicion por el desuso, error al cual nos puede fácilmente conducir el texto de Teófilo.

grande importancia, porque impedía al infame enajenar sus créditos, y de aquí se creyera conveniente emplear la forma de una cesion, es decir, el nombramiento de un *procurator* ó un *cognitor*.

2.° La restriccion de la capacidad del matrimonio es el segundo efecto de la infamia en el dominio del derecho privado. Extraña al antiguo derecho, la ley Julia asentó al principio, y la interpretacion de los jurisconsultos vino á confirmarlo (*i*): hé aquí la historia de su desarrollo. La ley Julia prohibió á los senadores y sus descendientes, sin distincion de sexos, el matrimonio con los manumitidos y con algunas personas deshonrosas, designadas especialmente; y además que los hombres libres contrajeran matrimonio con algunas mujeres de mala nota que designa igualmente, debiendo tener presente que la enumeracion de ellas no es idéntica en ambos casos.

Los jurisconsultos hicieron sufrir á estos principios una doble modificacion, extendiendo los casos de deshonor de una clase á otra; despues refirieron los casos diferentes al principio general de la infamia, y asentaron como regla que el matrimonio estaba prohibido para los senadores y los hombres libres con toda persona declarada infame por el Edicto; siendo esta la primera vez que se extendió á las mujeres, ensanchando el círculo de la infamia, por añadir el pretor en el Edicto los nuevos casos.

La prohibicion de la ley Julia no tenia por objeto llevar la nulidad á dichos matrimonios, sino desposeerlos de sus privilegios, ó, en otros términos, dejar subsistentes las penas impuestas contra el celibato. Un decreto dado bajo Marco Aurelio, es verdad que pronunció la nulidad de los matrimonios, pero solo para los senadores, y tambien de los celebrados con manumitidos ó con ciertas personas que ejercian profesiones deshonrosas, los comediantes, por ejemplo. Mas este principio no se aplicó nunca á los infames todos sin excepcion.

(*i*) La exposicion completa de los principios, apoyada en el testimonio de las fuentes, se encuentra en el apéndice VII, dando aquí solo un breve resúmen de ellos.

Las prescripciones de la ley Julia cayeron por sí mismas cuando las leyes de los emperadores cristianos hubieron abolido las penas del celibato, y Justiniano abrogó el decreto relativo al matrimonio de los senadores. La infamia dejó desde entonces de ser aplicable á las mujeres, y por esto los redactores del Digesto, al insertar el edicto sobre los infames, omitieron todas las adiciones referentes á aquellas.

Los efectos secundarios de la infamia, tomada en su sentido jurídico, son los únicos que le pertenecen realmente, por más que los jurisconsultos modernos incluyan otros muchos sin razon ni motivo alguno.

Segun ellos, los infames son incapaces de figurar como testigos, sea en un acto cualquiera jurídico, sea en los actos solemnes (*k*); pero el derecho romano nunca ha afirmado este principio general. Segun las antiguas leyes, los condenados por ciertos crímenes, eran expresamente declarados incapaces de deponer como testigos; una novela de Justiniano mandó no se admitieran como tales sino personas de distincion recomendables por sus condiciones de reputacion y posicion social (*l*); pero se vé que esta regla, cuya ejecucion de otra parte era imposible, no tiene nada de comun con la infamia jurídica; pues su carácter es aún más vago que el de la *infamia facti* (*m*) (§ 78).

Debemos, pues, deducir de aquí que en el derecho moderno no existe para el infame incapacidad absoluta para ser testigo en justicia ó asistir á los actos solemnes. En cuanto al grado de confianza que han de merecer las disposiciones de un infame, es cuestion abandonada á la apreciacion del juez, y fuera de todo punto de los principios rigurosos de la infamia jurídica.

Lo mismo ha de decirse de la pretendida aplicacion de la infamia á la *querela inofficiosi*. Los hermanos de uno y otro sexo excluidos por testamento, no pueden, se dice, interpo-

---

(*k*) La opinion es muy comun: véanse entre otros, Linde, Lehrbuch des Civilprozesses § 258 (4.ª ed.)

(*l*) Nov. 90.

(*m*) La cuestion se halla tratada en Burchardi, § 6, y en Marezoll, p. 220-227.

ner este recurso, á no ser que el heredero instituido sea un infame. Pero estas no son las disposiciones de la ley, la cual afirma que la queja es admisible si la eleccion del heredero instituido es ofensiva para los hermanos; y cita como ejemplo los infames, las personas cuya reputacion ha sufrido menoscabo ó es solo sospechosa y los manumitidos, á no ser que hubieron prestado grandes servicios al testador (*n*). Todavía se refiere en este punto la ley á la prudencia del juez que tiene en cuenta las condiciones rigurosamente determinadas de la infamia.

§ LXXXIII.—*Aplicacion actual de la doctrina de la infamia.*

Veamos cuáles son ahora, con relacion al derecho moderno, las consecuencias de los principios que se acaban de establecer; y, ante todo, nos vemos obligados á preguntar: ¿cuáles son los caractéres de la infamia en la legislacion Justinianéa? Se reducen á la restriccion de la capacidad de los infames para postular por otro, y aun la aplicacion del principio se abandona á la prudencia del magistrado; no es ya un derecho personal de la parte contraria (§ 82). Desde hacia mucho tiempo la infamia habia perdido su significacion política; pues si bien los infames eran siempre excluidos de los honores, la exclusion era á su vez en realidad muy diferente de la establecida por el primitivo derecho, del que solo la letra y la apariencia restaban (§ 80): las restricciones tocantes á la capacidad para el matrimonio habian igualmente desaparecido (§ 23).

Mas la infamia, aun así limitada, no es una institucion que haya pasado al derecho moderno de Europa, porque atañe á la organizacion judicial de los romanos, entrando por consecuencia en el derecho público. En la organizacion judicial actual, nadie puede hacerse representar en juicio,

---

(*n*) L. 27. C. de inoff. test. (III, 28). «Si scripti heredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ, macula adspergantur; vel liberti qui perperam et non bene morentes.,. instituti sunt.» Esta constitucion tiene por base dos textos del Código Teodosiano, L. I, 3, C. Th. de inoff. (II, 19). Véase sobre esta cuestion á Marezoll, p. 246, cuyas opiniones difieren en parte de las mias.

sino por un procurador ó por un abogado, cuyas funciones, ora se ejercen separadas, ora reunidas, en la mayoría de los casos al menos. Segun las leyes de los diferentes países, los procuradores y los abogados están instituidos por la autoridad pública, ó sus funciones son enteramente privadas: en el primer caso, es una materia que entra en el derecho público, y que desde este momento, siguiendo los verdaderos principios, queda desde luego fuera del derecho romano é independiente de él; y por lo que hace á la incapacidad de los infames de ser nombrados para las funciones de procurador, recuerdo lo dicho anteriormente sobre incapacidades para ejercer ningun cargo público. En el segundo la aplicacion del derecho romano no seria imposible, y entonces (así es como muchos lo interpretan) se prohibiria á los infames redactar actos de procedimiento en interés de un tercero; porque en la actualidad los abogados privados no tienen otras funciones. Pero esta aplicacion, aun así restringida, seria conforme á lo más con la letra del derecho romano y no con su espíritu: lo que los romanos hallaban injurioso para la dignidad del pretor era la comparecencia del infame, arbitraria y no motivada por un interés personal ante el magistrado; porque el carácter del redactor de un acto del procedimiento, con frecuencia desconocido, no ofenderia la dignidad del pretor. Se dirá que el infame puede ser sospechoso de falsear el sentido de las leyes, mas esto es entrar en otro órden de ideas: si al magistrado incumbe vigilar sobre los que redactan escritos procesales, él debe entónces exigirlès garantías, tanto morales como de capacidad, y sobre todo un cierto conocimiento del derecho. No se trata ya de los caractéres positivos de la infamia, sino de la apreciacion del mérito personal de un individuo determinado.

Los autores modernos, sin hacer una deduccion rigurosa de los principios que acabo de exponer y sin darse cuenta exacta de ellos, han recibido, no obstante, su influencia, sin que sea dado explicar de otro modo la divergencia increible de opiniones sobre la aplicacion más ó ménos ámplia de los principios del Derecho romano en esta materia (*a*): Pero en

---

(*a*) Comp. Marezoll, p. 348, 349.

medio de tanta divergencia, existen puntos de conformidad sobre los cuales no discrepan en nada la mayoria de los autores caracterizados (*b*), y así, el modo con que en general se limitan las prescripciones del Derecho romano, da resultados casi análogos á los que yo mantengo. En efecto, se excluian desde luego todos los casos en los cuales la infamia tenia lugar sin la intervencion de la autoridad judicial (inmediata), y despues, para los de la llamada *mediata*, todos los juicios remitidos sobre delitos privados, ó relativos á los contratos. La infamia jurídica (no hablo de la *infamia facti*) no resultaria por tanto sino de las condenaciones criminales, salvo la cuestion de saber si se debe exceptuar los *extraordinaria crimina* (§ 77, *c*), lo cual está de acuerdo con el Derecho criminal actual. La Carolina castiga expresamente á los perjuros y á los que ejercen el lenocinium en las personas de sus mujeres é hijos (*c*). Otras leyes del imperio establecian la infamia como consecuencia de la injuria (*d*), ó la consignaban como una pena nueva contra ciertos delitos (*e*).

Así limitada la infamia en Derecho moderno, tendria todavía los efectos siguientes: 1.° Incapacidad para ejercer funciones honoríficas ni cargos municipales; 2.°, Incapacidad para hacerse abogado, procurador ó notario; 3.°, Incapacidad para ingresar en las corporaciones ó colegios de la vecindad (consejos del municipio?); y 4.°, Todos los efectos que el Derecho romano une á la infamia en la esfera del Derecho privado, principalmente á la *querela inofficiosi*.

Ya he expuesto mi opinion sobre la mayor parte de estos diferentes puntos, y por ejemplo, sobre la *querela inofficiosi*: en las leyes imperiales hay una disposicion formal que escluye los infames del notariado (*f*).

(*b*) Eichhorn, deutsches Privatrecht, § 87, 88, 4.ª, ad.

(*c*) C. C. C. arts. 107, 122.

(*d*) Decisiones imperiales de 1658, 1670. Sammlung des Reichsabschiede; T. IV, p. 57 y 72.

(*e*) Es aplicada al notario que admite una cesion hecha por un judío á un cristiano. R. A. 1551, § 80, á los obreros insubordinados, 1731. Sammlung der Reichsabschiede, T. IV, p. 379.

(*f*) La ordenanza sobre el notariado de 1512, § 2, prohibe á los «*infames*....» las funciones del notariado, y en fin, «á todos los que no son admitidos á deponer en juicio.» Esta disposicion descansa evidente-

Véase, pues, que bajo el punto de vista puramente práctico el campo de la discusion está muy limitado, y que la doctrina de los autores modernos de más nota, rechaza las aplicaciones principales de la infamia romana. Sin embargo, dados los motivos explicados antes, no podríamos aceptar una aplicacion tan restringida; paso á exponer la parte é influencia que, en mi sentir, tiene el Derecho romano en esta materia.

Desde los siglos medios, ciertas reglas sobre el honor y el deshonor hánse formado en muchos países de Alemania bajo el influjo de las ideas germánicas, las cuales participan de la naturaleza jurídica de las verdaderas instituciones, sobre todo, en lo que toca á la admision en las diferentes corporaciones, siendo confirmadas luego sea por leyes positivas, sea por la costumbre, sea por los estatutos de dichas corporaciones. Los jurisconsultos han prestado frecuentemente su concurso al establecimiento de estas reglas, y las prescripciones del Derecho romano, mejor ó peor comprendidas, mostraron aquí su influencia siempre.

Sin negarla, indirectamente al ménos, preciso es reconocer que ha tendido al menosprecio, ya señalado, sobre la naturaleza verdadera de la infamia, y que nunca tuvo gran importancia. En él es preciso reconocer las leyes imperiales que, en ciertos casos, pronuncian la infamia, ó la miran como ocurrida (§ 8 83, *c*, *d*, *e*, *f*,) no pudiendo desde este momento invocar dichas leyes contra mi opinion, para probar que la infamia romana formaba parte del Derecho comun. En los diferentes lugares en que nuestro Derecho criminal decreta la infamia, bien como pena, bien como su consecuencia, no puede admitirse tenga en derecho los efectos determinados que se le atribuyen de ordinario; pero estoy lejos de negar la realidad y la eficacia de su accion penal. Por esto, cuando la infamia se declara por el juez ó aparece como resultado natural de una pena, su efecto inmediato sobre la opinion pública es un mal muy real, áun cuando no se la pueda asignar efecto jurídico alguno (*g*).

---

mente en la opinion errónea de muchos jurisconsultos de que segun el Derecho romano no pueden los infames figurar como testigos.

(*g*) Muchos casos de la infamia llamada *infamia inmediata*, se prestan bastante á la crítica; el de los *bina sponsalia*, por ejemplo, ó

§ LXXXIV.—*Restriccion de la capacidad de derecho por causas de religion.*

Desde el establecimiento del Cristianismo el principio de que ciertas diferencias de religion debieran entrañar una disminucion de la capacidad jurídica, fué poco á poco introduciéndose en el Derecho romano.

I. *Pagani*: los sectarios de la antigua religion que por tan largo tiempo hubieron de perseguir á los cristianos, fueron, segun las épocas, tratados con más ó ménos rigor y áun á veces sometidos á las leyes penales más crueles. Leyes semejantes no podian tener por objeto la capacidad restringida, porque esta supone un estado de tolerancia incompatible con medidas de proscripcion; alguna vez fueron protegidos por las leyes contra las determinaciones violentas y arbitrarias de los particulares (*a*).

II. *Judœi*: en principio, los judíos tenian los mismos derechos que los cristianos (*b*), solo que el matrimonio entre unos y otros estaba prohibido en absoluto y se le sometia á las leyes del adulterio (*c*). Esta ley, esencialmente positiva, no debe ser mirada como consecuencia de la denegacion del connubium establecida contra los extranjeros, porque la ausencia del connubium no tenia el valor de una prohibicion ni daba lugar á ninguna pena; además de que, por otra parte, los judíos habian obtenido en todo tiempo, individualmente, el derecho de ciudad, y la ley de Caracalla, que confirió el derecho de ciudad á todos los súbditos del imperio, debió aprovechar á los judíos y sus descendientes.

III. *Hœretici*: los cristianos declarados herejes por un

---

esponsales hechos sin romper los primitivamente contraidos; el matrimonio del tutor ó de su hijo con la pupila antes del plazo legal (§77, *o*). Aquí el olvido de ciertas formalidades puede ser en el fondo inocente por completo; además, el legislador debe en todo asunto evitar las apariencias de contradiccion con la opinion pública.

(*a*) L. 6, C. de paganis, (I, 11).

(*b*) L. 8, C. de Judæis, (I, 9).

(*c*) L. 6, C. de Judæis, (I, 9).

concilio incurrian en penas muy severas en ocasiones, aplicadas ya sobre los entonces existentes y que dominaban, como los maniqueos y donatistas, por ejemplo, ya contra todos en general: entre dichas penas figuraban muchas restricciones de la capacidad. De ordinario se les declaraba incapaces de recibir una herencia y de testar, y algunas veces se les prohibia la donacion, la venta, todos los contratos, las acciones y toda clase, en fin, de actos jurídicos (*d*).

IV. *Apostatæ*: se dieron leyes especiales contra los que, abandonando la doctrina ortodoxa de la Iglesia, se entregaban á una de las tres clases de errores de que he hecho mencion; aplicándose estas leyes ya á una clase sola ya á muchas, ó á todas, de suerte que la palabra *apòstata* recibia segun los casos, diversa significacion: de igual modo que la heregía, la apostasía daba lugar frecuentemente á restricciones de la capacidad, y, sobre todo, á la interdiccion del derecho de heredar y de testar (*e*).

De todas éstas, el derecho romano actual y especialmente el derecho comun de Alemania, no han conservado sino una sola: la prohibicion del matrimonio entre judíos y cristianos. El paganismo y la heregía, tales como los entendieron los emperadores romanos, y, por consecuencia, la apostasía relativa á esta especie de creencia no existen y hay, pues, una completa imposibilidad de castigarla. Es evidente que abrazando el judaismo un cristiano, puede apostatar; pero no lo es ménos que se engañaria torpemente el jurisconsulto que quisiera aplicar á este hecho las disposiciones del Derecho romano.

Despues de la reforma, nuevas divisiones religiosas agitaron á Europa, y sus diversos partidos fueron todos sucesivamente objeto de rigores y exclusiones parecidas á las consignadas en las leyes romanas; pero en Alemania se estableció desde luego cierto equilibrio, garantido por reglas y por una legislacion invariable; consiguiéndose la igualdad entre

---

(*d*) L. 4: L. 19, pr.; L. 22, C. de hæret. (I, 5). Auth. *Item*, et Auth. Friderici *Credentes*. C. eod.—L. 7, 17, 18, 25, 40, 49, 58. C. Th. de hæret (XVI, 5).

(*e*) L. 2, 3, 4. C. de apost. (1, 7). L. 1, 2, 4, 7. C. Th. de apost. (XVI, 7).

las tres grandes comuniones religiosas segun el derecho comun; igualdad que no era reconocida por las leyes de muchos países de idéntico modo, encontrándose sancionada esta divergencia en el tratado de Westphalia.

El acta de confederacion de 1815 cambió el estado del asunto, estableciendo en todos los países de la confederacion la igualdad civil y política para todos los miembros de las comuniones cristianas, y esto, en términos tan absolutos, que las legislaciones particulares no pueden modificarlos (*f*): la misma acta consigna que se legislará despues sobre el estado civil de los judíos.

§. LXXXV.—*Personas jurídicas.—Definicion.*

Digest. III, 4. Quod, cujuscunque universitatis nomine vel contra eam agatur.

Rigest. XLVII, 22. De collegiis et corporibus.

Autores que han tratado históricamente el asunto: (Wassener, ad tit. D. de coll. et corp. L. B. 1710 (Fellenberg. Jurisprudencia ant. I, p. 397—443); (Dirksen, Zustand der juristischen Personen nach R. R. (Abhandlungen, t. II, Berlin, 1820, p. I, 143).

Autores que han escrito sobre la práctica: (Zachariæ, liber quæstionum, Viteb., 1805, 8, qu. 10. De juri universitatis; Thibaut, Civilistische Abhandlungen, Heidelberg, 1814, n, 18, Uber die rechtlichen Grundsætze bey Vertheilung der Gemeindesachen, C. Thibaut, Pandectenrecht, § 129, 131, 8.ª, cel.; (J. L. Gaudliz s. Haubold. De finibus inter jus singulorum et universitatis regundis. Lips, 1804; en Hauboldi Opusc. t. II, Lips., 1829, p. 546, 620, p. LXIII, LXXIX (*a*); (Lotz; civilistische Abhandlugen, Coburgund, Leipzig. 1820, número IV, p. 109, 134; (Kori, von Gemeinheits-Beschlüssen, und

---

(*f*) Tratado de confederacion, art. 16. «Las diferencias existentes entre las diversas comuniones cristianas, no pueden entrañar ninguna desigualdad en cuanto al goce de los derechos civiles y políticos en los Estados y dependencias de la confederacion.»

(*a*) Esta disertacion se cita de ordinario bajo el nombre de Gaudliz; yo le pongo el de Haubold, porque es obra de ambos. Comp. Opúsc. t. I, p. 15.

von Pscdo-Gemeinheitssachen; en Langenn und Kori, Erórterungen praktischer Rechtsfragen, t. II. Dresden und Leipzig, 1830, n. 1, 2, p. I, 39.

He tratado de la capacidad jurídica por lo que toca al individuo, y ahora la voy á considerar en relacion con otros séres *ficticios*, á los cuales se les llama personas jurídicas, es decir, personas que no existen sino para fines jurídicos, que nos aparecen al lado del individuo como sujetos de las relaciones de derecho. Pero para precisar convenientemente esta idea, importa trazar los límites del dominio en donde se desarrolla la capacidad de las personas jurídicas: el olvido de esta determinacion ha dado lugar á numerosos errores.

Y como no tratamos aquí más que del derecho privado, solo á sus relaciones es á las que se aplica la capacidad artificial de la persona jurídica. Frecuentemente en el dominio del derecho público ciertas funciones no pueden desempeñarse sino por una asamblea ó unidad colectiva; pero considerar una parecida unidad, por ejemplo, los colegios de jueces, como personas jusídicas, seria confundir las ideas, pues el carácter esencial de la institucion, la capacidad de poseer, falta á la mayor parte de estos colegios, bien que algunos, independientemente de sus funciones judiciales, pudieran haber adquirido el carácter de personas jurídicas: es igualmente un error considerar como persona jurídica la sucesion no interrumpida de soberanos en una monarquía hereditaria *(b)*. Estos poderes colectivos del derecho público debian ser familiares á los romanos que tuvieron durante muchos siglos una forma de gobierno republicana, en cuyo sentido hablaban de un colegio de cónsules ó de tribunos del pueblo (c); así dicen que los decemviros de una ciudad constituyen una unidad y que su cargo es constantemente ejercido por una sola persona *(d)*. Por esto tambien, aun cuando todos los *judices* nombrados en un negocio fueran sucesivamente reemplazados por otros, el *judicium* no cambiaria por ello *(e)*.

(b) Hasse, Archiv., t. V, p. 67.

(c) Livio X, 22,24. Ciceron, in Verrem, II, 100, Pro domo, 47.

(d) L. 25, ad munic. (L. I.) «Magistratus municipales, cum unum magistratum administrent, etiam unius hominis vicem ustinent.»

(e) L. 76, de judic. (V, I).—Aun la misma novela, 134, C. 6., con-

Pero no aplicaban estos principios y frases sino al derecho público ó al procedimiento, distinguiéndole profundamente del derecho privado sobre las personas jurídicas, distincion conforme con la naturaleza de las cosas y que los autores modernos no han observado bien. Las clases, las centurias y las tribus, eran tambien importantes unidades políticas; pero no parece hayan figurado nunca como personas jurídicas, es decir, como hábiles para poseer una propiedad comun (f).

Un segundo punto no menos esencial es que la persona jurídica no afecte sino al derecho de bienes y por tanto la familia se encuentra excluida. En efecto, todas las relaciones de familia proceden originariamente del hombre natural, y sus trasformaciones jurídicas tienen un carácter relativo y secundario, (§ 53, 54) y de este modo, no se les deberia aplicar á otro sujeto que el hombre. Los bienes, por el contrario, son por su naturaleza una extension de poder (§ 53), un medio de garantía y de desenvolvimiento para la actividad libre, relacion que puede afectar á la persona jurídica como al indivíduo y los fines para que ha sido creada la persona jurídica merecen atenderse por los mismos medios que los del indivíduo. En cuanto á las extensiones artificiales de la familia, son de dos especies (§ 55 y 57): las unas están destinadas á fijar y garantir ciertas condiciones inherentes á la naturaleza del hombre, y desde que esto es así, son inaplicables á las personas jurídicas; las otras tienen por objeto el derecho de bienes, y pueden extenderse á las personas jurídicas como el derecho de bienes mismo. Las relaciones de derecho que mantienen las personas jurídicas, son: la propiedad y los *jura in re*, las obligaciones, las sucesiones como medio de

---

signa que el rescripto dirigido á un funcionario de las provincias debe ser igualmente observado por su sucesor.

(f) Sin embargo, me costaria gran trabajo decidirme sobre esto. Suetonio Aug., 101, refiere que Augusto dejó en su testamento 7.500.000 francos al pueblo, 18.751 francos á cada tribu. «Legavit populo rom., quadrigénties, tribubus tricies quinquies. HS.» (es decir, otros tantos 100.000 sestercios.) Este texto puede tambien entenderse así: Augusto dejó 7.800.000 francos al tesoro público; 18.750 debian dividirse entre los ciudadanos de cada tribu. Comp. Averanio, II, 19.

adquirir el poder sobre los esclavos, el patronato, y, en los últimos tiempos del derecho romano, el colonato. De otro lado, el matrimonio, el poder paterno, el parentesco, la *manus*, la *mancipis causa* y la tutela, no pueden pertenecer á las personas jurídicas, lo cual nos llevaria á definirlas como un sujeto de bienes creado artificialmente.

Ahora bien; restringiendo tambien en el dominio del derecho privado y principalmente en el de bienes la capacidad de las personas jurídicas, no pretendo decir que realmente esta capacidad sea su único y exclusivo carácter; tiene por el contrario fines especiales, frecuentemente bien superiores á la capacidad de los bienes, la cual suele no ser otra cosa que un instrumento (*g*); pero para nosotros las personas jurídicas no son sino sujetos capaces de poseer, porque todos sus restantes caractéres están fuera del derecho privado.

Empleo la palabra persona jurídica en oposicion á persona natural, es decir, al individuo, para indicar que los primeros no existen como personas, sino para el cumplimiento de un fin jurídico, y que si bien otras veces se ha empleado la frase de persona moral, yo la rechazo por dos motivos: primero, porque no atiende á la esencia del sujeto que nada tiene de comun con las relaciones morales, y segundo, porque aplicada á los individuos designa de ordinario la oposicion entre la moralidad y la inmoralidad, lo que nos llevaría á un género de ideas enteramente distinto del presente.

Los romanos no tienen ningun término general aplicable á todas las especies de personas jurídicas; para designarlas, en general, se limitan á decir que representan una persona (*h*), ó lo que es lo mismo, que son personas ficticias.

(*g*) Para las ciudades, por ejemplo, la reunion de sus caractéres políticos y administrativos es más importante que su carácter privado, es decir, su cualidad de personas jurídicas. Los títulos del Digesto que tratan de las ciudades consideradas como cuerpos políticos y administrativos, son liv. I, tít. 1, 12; además de que los he citado al frente del § 5 entre las fuentes del derecho privado relativas á esta materia.

(*h*) L. 22, de fide juss. (XLVI, I). «Hereditas *personæ vice fungitur*, sicuti municipium et decuria et societas.» Se dice igualmente del bonorum possessor: vice heredis, ó loco heredis est. L. 2, de B. P.

§ LXXXVI.—*Personas jurídicas.—Sus diferentes especies.*

Si examinamos las personas jurídicas tales como en realidad existen, encontraremos diferencias en ellas que influyen sobre su naturaleza jurídica.

1.ª Las unas tienen una existencia natural ó necesaria; las otras artificial ó contingente: existen naturalmente las ciudades y comunidades anteriores en su mayor parte al Estado, al ménos bajo su forma actual, siendo sus elementos constitutivos, y su cualidad como personas jurídicas, innegable. Algunas veces se hallan comunidades constituidas por una voluntad individual, pero á imitacion de las anteriores; citaré como ejemplo las colonias romanas opuestas al municipio, institucion respecto á la cual nada análogo existe en los Estados modernos de Europa. La unidad de las comunidades es gráfica, pues descansa en relaciones de residencia y propiedad territorial.

Tienen una existencia artificial ó contingente todas las fundaciones y asociaciones á las cuales se da el carácter de personas jurídicas, y en verdad que no vivirian sino por la voluntad de uno ó muchos individuos. Por lo demás estas distinciones no son absolutas, y hay personas jurídicas que guardan una condicion intermediaria entre ambas especies participando de su naturaleza; tales son las corporaciones de artesanos y otras semejantes que á veces se refieren á las comunidades, de las que son como partes constitutivas.

2.ª En ocasiones, un cierto número de individuos constituyen por su reunion la persona jurídica; en otras no tiene esta apariencia real y visible, es más ideal su existencia y descansa en un fin general que le está asignado. Llámase á las primeras corporaciones, expresion tomada de la lengua latina y que no puede aplicarse á todas las especies de persona jurídica; se llama corporacion á todas las comunidades, á todas las sociedades de artesanos, y finalmente, á las socie-

---

(XXXVII, I). L. 117, de R. I. (L. 17). Ulpiano XXVIII, 12: «heredis loco constituuntur... herodes esse finguntur.» De igual modo que el bonorum possessor es un *heres* ficticio, del mismo modo la persona jurídica es una *persona* ficticia.

dades industriales á las cuales se ha conferido el derecho de persona jurídica. El carácter esencial de una corporacion está en que su derecho descansa, no en uno de sus miembros individualmente considerado, ni áun en todos sus miembros reunidos, sino en un conjunto ideal; siendo una consecuencia particular, pero importante de este principio que el cambio parcial ó total de sus miembros no toca á la esencia ni á la unidad de la corporacion (*a*).

Se llama á las segundas fundaciones, y tienen principalmente por fin el ejercicio de la religion, lo cual abraza las fundaciones piadosas de todo género, la cultura de la ciencia y del arte ó la caridad (*b*), y en este punto se encuentran dificultades que impiden distinguir de un modo claro ambas clases. Segun los tiempos, frecuentemente la misma institucion ha pertenecido en tanto á una como á otra, y por ejemplo, los cabildos y canonicatos son fundaciones religiosas y á la vez verdaderas corporaciones, Las universidades eran en principio tambien verdaderas corporaciones de maestros ó de alumnos, segun los países (*c*), mientras que en los tiempos actuales tienden sin cesar á convertirse en establecimientos del Estado, no figurando ya más como corporaciones, sino siem-

---

(*a*) L. 7, § 2, quod cuj. un. (III, 4). «In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes *iidem* maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint.» *Iidem* es una correccion evidentemente necesaria de Jensio, stricturæ. p. 12, ed. L. B. 1764; se lee en los manuscritos y las ediciones *idem*. Este principio se desenvuelve todavía mejor en la L. 76, de jud. (V, I) no con ocasion de las personas jurídicas, sino de muchos *judices* nombrados para el mismo negocio, añadiendo que su renovacion individual no constituye un nuevo *judicium*.

(*b*) Se comprenderá fácilmente cuán inexacto seria el título de corporacion á toda persona jurídica: tomemos, por ejemplo, un hospital, ¿cuáles son los indivíduos cuya unidad colectiva debe ser mirada como sujeto propietario de bienes? No son los enfermos recogidos en el hospital, porque son solo el objeto de la fundacion piadosa y no podrian participar de los bienes de que dependen. El verdadero sujeto del derecho, es pues, una abstraccion personificada, una obra humanitaria que debe cumplirse en un lugar determinado segun cierta forma y por medios trazados de antemano.

(*c*) Savigny, Historia del Derecho romano durante la Edad Media, t. III, § 59.

pre como *personas jurídicas*, es decir, como hábiles para poseer.

Entre las corporaciones las hay que tienen una existencia sábiamente elaborada, tales como las comunidades y las universidades cuando eran corporaciones, y otras que tienen una organizacion incompleta, respondiendo á un fin determinado, como las aldeas, y casi siempre las corporaciones de artesanos; los autores modernos expresan esta distincion por las palabras técnicas *universitas ordinata* é *inordinata*.

Fuera de las distinciones dichas, se coloca la más importante de las personas jurídicas, el fisco, esto es, el Estado considerado como capaz de propiedad privada. Representar al fisco como una corporacion compuesta de todos los ciudadanos, seria exponerse por una asimilacion violenta á confundir principios de naturaleza enteramente distinta.

§ LXXXVII.—*Personas jurídicas.—Su historia.*

Encontramos entre los romanos, desde los primeros tiempos de su historia, asociaciones permanentes de muchas especies, principalmente, cofradías de sacerdotes y de artesanos, como tambien de oficiales subalternos, lictores, por ejemplo, recibiendo una gran extension este hecho cuando se organizó el personal de las cancillerías. Sin embargo, la necesidad de constituir la persona jurídica apenas se hizo sentir, porque para estas diversas asociaciones lo importante era la comunidad de accion y áun la posicion política, no ofreciendo la capacidad para la propiedad, sino un interés secundario. El culto de los dioses v. gr., llevaba consigo grandes gastos, pero corrian á cargo del Estado, lo que hacia ménos necesaria una afectacion de bienes, sea á los colegios de sacerdotes, sea á los templos mismos (nota *p*). Si por otra parte se queria hacer una fundacion para el culto, bastaba consagrar los bienes que componian la donacion, porque desde entonces se consideraban puestos fuera del comercio, sin hacerse propios del templo ni de los sacerdotes.

Cuando el Estado se engrandeció fué cuando tambien para las comunidades colocadas bajo su dependencia, los municipios y las colonias, la idea de la persona jurídica tuvo aplicaciones importantes y se fijó claramente. Tenian, como la persona natural, necesidad de poseer y medios de adqui-

rir, y su posicion de dependencia les hacia justiciables ante los tribunales, distinguiéndose en esto de la república romana, que no podia ser llevada á ningun tribunal regulándose sus relaciones litigiosas administrativamente. No es, pues, en vista de la República y de sus bienes por lo que se establecieron y tuvieron un grande desenvolvimiento los principios tocantes á la persona jurídica, no obstante que, en interés del Estado, se hubieron de crear garantías semejantes á las que protegian á los particulares, y de las cuales el *jus prædiatorium* nos ofrece un ejemplo.

Pero una vez establecida definitivamente para las ciudades dependientes, la institucion de la persona jurídica se extendió poco á poco para casos por los cuales no se pensó en introducirla; aplicándose á las antiguas cofradías de sacerdotes y de artesanos; por via de abstraccion despues, al Estado, que, bajo el nombre de fisco, fué tratado como una persona, sometido á jurisdiccion; y finalmente, á sujetos de una naturaleza ideal, tales como los dioses y los templos.

Esta última aplicacion recibió ámplias y numerosas exenciones bajo el imperio del cristianismo; entre los pueblos germánicos, la institucion, no solo se conservó, sino que hubo de desenvolverse ventajosamente, porque encontró relajados los vínculos del Gobierno y los espíritus propensos á formar asociaciones libres de todo género. En los tiempos modernos, la centralizacion de la autoridad ha operado una reaccion sobre las corporaciones y disminuido su importancia, sin cambiar, no obstante, en nada los caractéres esenciales de las personas jurídicas.

Pasemos ahora á la enumeracion de las principales clases, reconocidas por el derecho romano.

I. Comunidades.—Una vez la Italia bajo la dominacion romana, se encontró dividida en un gran número de ciudades, cada una de las cuales tenia su territorio; de suerte que durante mucho tiempo estas fueron la sola unidad comunal. Todas estas ciudades eran consideradas como verdaderos Estados, si bien bajo la dependencia de Roma, y, aun muchas de ellas, los municipios, habian tenido otras veces una independencia, que no perdieron hasta mucho más tarde. Esta organizacion es en su conjunto extraña al derecho moderno, y son contadas como rarísimas excepciones las aplicaciones de pormenor que hoy pueden hacerse de ella: hé

aquí sobre la materia las expresiones más notables de las fuentes.

Civitas (*a*).

Municipes (*b*).

Esta frase se encuentra más repetida que la de *municipium*, y los jurisconsultos se sirven de ella con más frecuencia, por el motivo, ó es uno de ellos al ménos, de que se aplica á la vez á los ciudadanos de los municipios y de las colonias, siendo tan usual que designa la ciudad aun por oposicion á los habitantes considerados como indivíduos (*c*).

Respublica (*d*).

En tiempo de la constitucion libre, esta palabra, empleada sola, significaba la República romana; mientras que en los jurisconsultos clásicos, por el contrario, quiere decir una ciudad dependiente.

Respublica civitatis ó *municipii* (*e*).

(*a*) L. 3, 8, quod cuj. univ. (II, 4). L. 6. § I, de div. rer. (I, 8). L. 4, C. de j. reipub. (XI, 29). L. I, 3. C. de vend. reb. civ. (XI, 33).

(*b*) L. 2; L. 7. pr., L. 9, quod cuj. univ. (III, 4). L. 15, § I, de dolo (IV, 3), (véase *i*). Gayo III, § 15.—*Municipium* se emplea tambien en el mismo sentido, por ejemplo, en la L. 22 de fidejuss. (XLVI, I).

(*c*) L. I, § 7, de quæs. (XIVIII, 18). «Servum *municipium* posse in caput, *civium* torqueri sæpissime rescriptum est: quia non sit *illorum* servus, sed *reipublicæ*. Idemque in ceteris unis corporum dicendum est: nec enim plurium servus videtur, sed corporis.» Aquí *municipes* es sin duda sinónimo de *respublica*, opuesto á los *cives* particulares, y á éstos se les denomina *illo rum* (Sobre el principio mismo sentado en esta ley, comp. L. 6, § I. de div. rei., I. 8—Hay un texto en el cual la distincion entre *municipes* y *municipia* no es sino aparente. (Ulpiano XX, § 5): «Nec *municipia* nec *municipes* heredes instituipossunt, quoniam incertum *corpus est*, etc.»—Ulpiano dice que la institucion de heredero es nula, sea que el testador haya empleado la palabra *municipium* ó la palabra *municipes*; por esto no hace Ulpiano aquí ninguna distincion, como lo prueba el motivo mismo de sus decisiones.

(*d*) L. I. § I; L. 2. Quod cuj. un. (III, 4). L. I. C. de deb. civ. (XI, 32). Cod. Just. lib. XI, tit. 29, 32.

(*e*) L. 2 C. de deb. civ. (XI, 32). L. 31. § I, de furtis (XVII, 3). «... reipublicæ municipii alicujus... Idem que «scribit et de ceteris rebus publicis deque societatibus.» Los cœtere reipublicæ, son los coloniæ, fora, concililuaba, etc.

Commune, communitas (*f*).

Independientemente de las ciudades mismas que constituyen las comunidades principales, algunas de sus partes integrantes aparecen como personas jurídicas, y son: *Curiæ* ó *decuriones*. Se toman estos ya como simples indivíduos, por oposicion á la ciudad (*g*), ya como la ciudad misma que ellos solos representan y administran (*h*). Algunas veces figuran tambien como corporacion particular en el seno de la ciudad y poseyendo bienes propios (*i*).

(*Vici*. Los lugares no tienen ninguna independencia política, porque siempre pertenecen al territorio de una ciudad (*f*);

(*f*) Wassenaer, p. 409:

(*g*) L. 15, § I, de dolo (IV, 3). «Sed, au in *municipes* de dolo detur actio, dubitatur. Et puto, ex suo quidem dolo non posse dari: *¿quid enim municipes dolo facere possunt?* Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. De dolo autem *decurionum* in ipsos *decuriones* debitur de dolo actio.»

(*h*) L. 3. quod cuj. un. (III, 4). «Nulli permittetur nomine *civitatis vel curiæ* experiri nisi ei cui lex permittit, etc.»

(*i*) L. 7, § 2, quod cuj. un. (III, 4). «In *decurionibus vel aliis universitatibus* nihil refert, etc.» L. 2. C. de præd. decur. (X, 33).

(*j*) L. 30. ad munic. (L. I). «Qui ex vico ortus est, eam patriam intelligitur habere, *cui reipublicæ vicus ille respondet.*« Así pues, el *vicus* no es sino una dependencia de una *respublica*, lo cual no está en oposicion con Festus, v. Vici... Sed ex vicis partim habent rempub. et jus dicitur; «partim nihil eorum, et tamen ibi nundine aguntur, negotii gerendi causa, et magistri vici, item magistri pagi quotannis fiunt.» Ellos tenian, pues, en mayor ó menor número los elementos integrantes de la comunidad, y puede ser que deban colocarse en primer lugar los llamados *fora* y *conciliabula* (véase la nota *n*). La *jurisdictio*, de la cual se habla aquí, no era ejercida por una magistratura local, y los magistrados de las ciudades se trasladaban á los *vici* para administrar justicia.—Difiere este órden de hechos esencialmente del de Alemania, porque aquí las ciudades y aun las parroquias y las agregaciones de paisanos sin ciudad, forman otras tantas comunidades independientes de las ciudades. (Cmp. Eichhorn, deutsches Privatrecht § 379, 380); y aun cuando, por excepcion, los lugares dependieron de la ciudad, era en virtud del derecho señorial, es decir, de una organizacion extraña al sistema romano. Tenemos, además, una division geográfica desconocida de los romanos, que son los Markgenossenchaften. Comp. Eichhorn, deutsches Privatrecht, § 168, 372.

y, sin embargo, son personas jurídicas capaces de poseer (*k*) y de presentarse en juicio (*l*).

Fora, conciliabula, castella. Estas localidades, por su extension é importancia, ocupaban un punto intermedio entre las ciudades y los lugares, pertenecian tambien al territorio de una ciudad y tenian desde luego el derecho de corporacion (*m*).

En su consecuencia, provincias enteras fueron consideradas como personas jurídicas, es decir, como grandes comunidades (*n*). Los *agrimensores* designaban las comunidades y nombraban las colonias, *publicæ personæ*, expresion que nos muestra su existencia política como fundamento de su personalidad en derecho privado (*ñ*).

§ LXXXVIII.—*Personas jurídicas. Su historia.* (Continuacion.)

II. Asociaciones voluntarias.

A. Sociedades religiosas. A esta clase pertenecen los colegios de sacerdotes, llamados tambien colegios de templos, y las vestales: tanto unos como otros podian adquirir y recibir por testamento (*a*).

(*k*) L. 37, § I, de leg. (XXX, un.) «Vicis legata per inde licere capere acque civitatibus, rescripto imperatoris nostri significatur.»

(*l*) L. 2. C. de jurejur. propter cal. (II, 59). «Sine pro aliquo corpore, *vel vico*, vel alia universitate.»

(*m*) Es singular que las fuentes del derecho Justinianeo no hablen de estas comunidades. De ellas se hace mencion en la Tabla de Heraclea, en la Lex Gallia Cisalpina y en Paulo, IV, 6, § 2.

(*n*) Código Teodosiano, lib. 2, tit. 12; Dirksen, p. 45.

(*ñ*) Aggenus, ap. Goes., p. 56. «Quædam loca feruntur ad *publicas personas* attinere. Nem *personæ publicæ* etiam coloniæ vocantur, quæ habent assignata in alicuis finibus quædam loca quæ solemus præfecturas appelare. Harum præfecturam propietates manifeste *ad colonos* pertinent, etc.« (*coloni* per *colonia* del mismo modo que antes *municipes*, (notas *b. c.* y *g*). Esto se reproduce casi literalmente p. 67.— Aggenus p. 72. «Hæc inscriptio videtur *ad personam coloniæ ipsius* pertinere quo nullomodo abalienari possunt a republica: ut si quis in tutelam *aut templorum publicorum* aut balnearum adjungitur: habent et respubl. loca suburbana *inopum funeribus destinata.*»

(*a*) Hyginus, p. 206, ed. Gœsii: «Virginum quoque Vestalium et

B. Sociedades de funcionarios.—Los oficiales subalternos, encargados por los magistrados de funciones diversas, reúniéronse desde luego en corporaciones (§ 87); existiendo una sobre todo, cuyo personal é importancia tendian contínuamente á acrecentarse; quiero hablar de los escribientes ó copiadores, que empleados en todas las ramas del servicio público, llenaban cerca de los particulares funciones análogas á las de nuestros àctuales notarios (*b*). Tenían diferentes nombres tomados de diversos empleos, tales como *librarii fiscales*, *censuales*; no obstante que, el más usado era el de *scriba*. Se dividian en *decuriæ*, pero si esta palabra genérica (*c*) se les aplica especialmente, es un hecho accidental tan solo; así *decuriæ* sin ninguna adicion, ya bajo la República, y despues siempre bajo los emperadores, designaba las corporaciones de escribientes; llamándose los miembros de estas corporaciones *decuriati* y más tarde *decuriales*. En Roma, y luego en Constantinopla, dichas personas obtuvieron distinciones y privilegios que se explicaban por su posicion (*d*).

C. Asociaciones industriales (*e*).—A ellas pertenecen las

---

sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt et locati.»—L. 38, § 6 de leg. (XXXII, un.) Un fideicomiso habia sido constituido en los siguientes términos: «MM. sol. reddas *collegio cujusdam templi*. Quæsitum est cum id collegium postea dissolutum sit, etc.» — Comp. Wassenaer, p. 415. Dirksen p. 50, 118 y 118.

(*b*) Niebuhr, Romische Gesch., t. III p. 349-353. Savigny, historia del derecho romano durante la edad media, t. I. § 16, 111 y 140.—Comp. J. Gothofred. in Cod. Theod. XIV, 1. Dirksen p. 46, 58.

(*c*) *Decuria* significa propiamente un colegio compuesto de diez personas, y tambien un colegio en general, cualquiera que sea el número de sus miembros. Esta expresion se aplica además al senado de Roma y al de las ciudades, y luego á los *judices*; pero de ordinario se servian de ella para designar las corporaciones de escribientes.

(*d*) He aquí los principales textos relativos á estas decurias: Ciceron in Verrem III, 79, ad Quintum fratem II, 3, Tacito Ann. XIII, 27. Suetenio, August. 57. Claudio I.—L. 3. § 4 de B. P. (XXXVII, 1). L. 22 de fidejuss. (XLVI, 1) L. 25, § 1. de adqu. vel om. her. (XXIX, 2). Cod. Jut. XI, 13. Cod. Theod., XIV, 1.—V. Averanius Interpret. II, 19. § 1.

(*e*) Niebuhr, t. III p. 349. Dirksen, p. 34, sig.—Sobre las corporaciones en la actualidad y acerca de su capacidad de poseer. Cmp. Eichhorn, deutsches Privatrecht, § 371-373.

antiguas corporaciones de artesanos que continuaron subsistiendo siempre y de las cuales, las de los herreros, por ejemplo, tenian privilegios especiales (*f*); corporaciones nuevas como las de los panaderos en Roma y la de los banqueros en Roma y en las provincias (*g*), cuyos elementos eran de la misma naturaleza, lo que servia de base á sus asociaciones, pero no comunes; pues cada uno trabaja, como hoy sucede, por su cuenta.

Habia tambien empresas industriales formadas en comun y bajo la forma de personas jurídicas, las cuales recibian generalmente el nombre de *societates*, y siendo su naturaleza puramente contractual, engendraban obligaciones que concluian por la voluntad, así como por la muerte de uno solo de sus indivíduos. Algunas de ellas obtuvieron el derecho de corporacion, pero conservando siempre el nombre de *societates* (*h*); contándose en su número las sociedades para la explotacion de minas, salinas y la percepcion de los impuestos (*i*).

D. Asociaciones amistosas, *sodalitates*, *sodalitia*, *collegia sodalitia* (*k*).—Caton el Viejo, citado por Ciceron, dice

---

(*f*) L. 17, § 2 de excus. (XXVII, 1). L. 5, § 12 de j. immun. (L. 6).

(*g*) L. 1, pro quod cuj. univ. (III, 4). L. 5, § 13 de j. immun. (L. 6).—Ni las antiguas ni las nuevas corporaciones de artistas deben ser miradas como elementos de la comunidad municipal ó como teniendo derechos políticos. En los estados de orígen germánico, estas corporaciones por el lugar que ocupan y por la importancia que se les atribuia, pueden ser asimiladas á las tribus romanas, en lo cual, difieren esencialmente unas de otras.

(*h*) L. 1, pr. § 1 quod cuj. univ. (III, 4). L. 3, § 4 de B. P. (XXXVII, 1). L. 31, § 1 de furtis (XLVII, 2), (véase más arriba § 87, c). En la L. 1 pr. cit. se debe leer con Haloander: «Neque *societatem* (Flor. *societas*), neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur. etc.» Para distinguir las sociedades puramente contractuales de las de corporacion, se las llama algunas veces *privatæ* societates. L. 59, pr. pro soc. (XVII, 2).

(*i*) L. 1, pr. quod cuj. univ. (III, 4). L. 59, pr. pro soc. (XVII, 2).

(*k*) Esta última expresion se encuentra en la L. 1, pr. de coll. (XLVII, 22). Haloander lee *sodalitia* (sin *collegia*) y esta version parece segun la glosa, ser la de la Vulgata, bien que muchas antiguas ediciones digan, como el manuscrito de Florencia, *collegia sodalitia*, por

comenzaron á formarse siendo él ya anciano, y se goza en presentárnoslas como teniendo por objeto comidas modestas pero alegres, y segun las costumbres primitivas, estas reuniones recordaban las ceremonias religiosas hechas en comun (*l*). Eran lo que se llama hoy *clubs*; y si en lo sucesivo han representado menos inocencia ó han sido peligrosas para el gobierno, no debe creerse que haya habido bajo el mismo nombre muchas instituciones diferentes, sino que se han modificado con el carácter general de la época. Los antiguos *clubs* se convirtieron en los tiempos difíciles en puntos de reunion para las facciones políticas, y es indudable que tambien se crearían algunos con este solo objeto; causas que nos explican por qué fueron más de una vez prohibidos. En los momentos de agitacion las plazas públicas eran invadidas por los clubs y los colegios de escribientes; el Senado los mandó separarse y propuso al pueblo una ley con el objeto de sancionar su decreto con la amenaza de un *publicum judicium* (*m*). Los *collegia* fueron entonces generalmente abolidos (*n*).

---

ejemplo: Venet; 1485. Luged. Fradin., 1511. Las palabras *collegia sodalitia neve milites* faltan en mi manuscrito, que dice sólo: *ne patiantur esse collegia in castris habeant;* pudiendo atribuir esta laguna á la repeticion de la palabra *collegia* que viene despues. Por lo demás, *sodalitia* sin ninguna adicion, tiene en su apoyo graves autoridades, y su omision en las fuentes del derecho es puramente fortuita.

(*l*) Ciceron, de senect. c. 13. Caton habla en estos términos de los laceres de la vejez: «Sed quid ego alios? ad meipsum jam revertar. Primum habui semper sodales; sodalitates autem me quæstore constitute sunt, sacris Idæis Magnæ Matris acceptis; epulabar igitur cum sodalibus omnino modice, sed erat quidam fervor ætatis, qua progrediente omnia fient in dies mitiora; neque enim ipsorum conviviorum delectationem voluptatibus corporis magis, quam cætu amicorum et sormonibus metiebar.» Festo, v. Sodales, reflere diversas etimologías, de las cuales se desprende se trataba de comidas en donde cada uno contribuia por su parte (á escote).

(*m*) Ciceron, ad Quintum Fratrem II, 3: «Sc. factum est, ut sodalitates decuriatique disce derent: lexque deiis ferretur, ut qui non discessissent, ea pena quæ est dev itenerentur.»

(*n*) Asconius, in Cornelianam (p. 75, ed. Orelli). «Frequenter tum etiam cætus factiosorum hominum sine publica auctoritate malo pú-

Tambien sabemos por las fuentes del derecho que en principio ninguna asociacion podia formarse sin la autorizacion expresa del gobierno, difícil y nada comun en su adquisicion: las asociaciones ilícitas se convertian en criminales y eran castigadas como *crimem extraordinarium* (*o*). Se ha creido se trataba aquí de la abolicion general de las corporaciones, pero nunca se ha procurado abolir, por ejemplo, las antiguas de artesanos ó los colegios de sacerdotes; la ley solo se dirigia contra los clubs peligrosos para el gobierno, y es evidente que si no les designa de un modo más concreto, es porque el hecho era de pública notoriedad (*p*). Sin embargo,

---

blico fiebant: propter quod postea collegia. Sc. et puribus legibus sunt sublata, præter pauca atque certa, quæ utilitas civilitatis desiderasset quasi, ut fabrorum fictorumque» (al. *lictorunque*, lectura que parece preferible, porque *fictor* expresa la escultura de una manera abstracta, y los alfareros, cuya corporacion era muy antigua, se llamaban *figuli*. Cmp. Plinio, Hist. Nat. XXXV, 12).—Asconio in Pisonianam (p. 7, ed. Orelli)... «qui ludi sublatis collegiis discussi sunt. Post novem deinde annos, quam sublata erant, P. Clodius, trib. pl. lege lata rectituit collegia.

(*o*) L. I, 2, 3, de coll. et corp. (XLVII, 22). L. I, pr. quod cuj. un (III, 4). Cuando una asociacion de este género se hallaba reprimida por falta de autorizacion, no ha existido nunca como persona jurídica, y sus miembros pueden naturalmente retirar los fondos que hubieran aportado, dividiéndolos entre sí. L. 3, de coll. et corpo...«permittittur eis, cum dissolventur, pecunias communes si quas habent, dividere...» Muchos autores han deducido erroneamente de aquí, que cuando una corporacion realmente constituida se disuelve, sus bienes deben siempre dividirse entre los miembros existentes; pero en nuestro texto solo se cita una reunion de hecho formada por varios individuos, no de una corporacion organizada. Comp. Marazoll en Grollmans und Löhrs Magazin, t. IV, p. 207.

(*p*) Véase sobre los hechos históricos relativos á esta prohibicion, Dirksen, p. 34, 47.—Segun Asconio (nota *n*) se podria crer que todos los colegios fueron abolidos, salvo un pequeño número especialmente exceptuados: pero es preciso no atender extrictamente y á la letra este pasaje, porque no es probable que una siquiera de las antiguas sociedades de artesanos, fuera suprimida. En cuanto á las creadas para la percepcion de impuestos, es aun menos probable y de todo punto inadmisible para los colegios de sacerdotes que, sin embargo, se encontraban comprendidos en la prohibicion, segun el texto de Asconio.

las reglas contenidasen las fuentes, tienen una doble significacion que no resulta clara de sus términos. Desde luego, ninguna asociacion puede sin permiso del gobierno, convertirse en persona jurídica; regla importante la cual subsiste todavía en el derecho moderno y que es independiente de los fines de la asociacion, inocentes ó criminales. Despues las asociaciones no autorizadas son prohibidas y perseguidas criminalmente; pero esta disposicion no alcanza sino á las asociaciones realmente peligrosas, ó sospechosas al menos, y la cualidad de persona jurídica es de un órden secundario: contra las asociaciones puramente industriales nunca hubo pena alguna.

Los antiguos clubs de la República parecen mostrar cierta analogía con la institucion mucho más reciente de los *collegia tenuiorum*; asociaciones que se reclutaban en las clases inferiores, se reunian una vez por mes, y mensualmente tambien, sus miembros pagaban una cuota: nadie podia pertenecer al mismo tiempo á varias de estas asociaciones, y en cuanto á los esclavos, les era permitida la entrada siempre que fuese con el consentimiento de su señor (*q*).

Todas las corporaciones artificiales tienen un carácter comun: creadas á semejanza de las ciudades podian como ellas poseer y hacerse representar, que es lo que constituye en realidad la persona jurídica (*r*). Entre ellas, segun queda dicho (§ 86), hay unas que responden á necesidades constantes, como los colegios de sacerdotes, las decurias y las corporaciones de artesanos, y otras que atienden tan solo á exigen-

---

(*q*) L. I, pr. § 2; L. 3, § 2 de coll et corp (XLVII, 22). Se ha hecho uso respecto á los *collegia tenuiorum* de la regla segun la cual las inmunidades concedidas á muchas corporaciones de artesanos, lo eran solo á los miembros más pobres (*tenuioribus*) y no á los ricos, quienes independientemente de su profesion, tenian una fortuna capaz de soportar las cargas municipales. L. 5, § 12 de j. immun. (L. 6).

(*r*) L. 1.ª, § I, quod cuj. un. (III, 4). «Quibus antem permissum est corpus habere collegii, sive cujusque alterius eorum nomina, propium est, ad *exemplum reipublicæ*, habere res communes, arcam communem, et actorem sive syndicum, per quem, *tanquam in reipublica* quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat.»

cias accidentales y pasajeras como las *societates* y las *soladitates*, obra principalmente de una determinacion arbitraria.

En cuanto á la fraseología, ya he definido algunas denominaciones especiales (ducuriæ, societates, sodalitates); pero hay dos nombres genéricos que se aplican indeferentemente á todas las socieda les y son *collegium* y *corpus*, de los cuales ya hemos visto (notas *a* y *k*) los *collegia templorum* y los *collegia sodalitia*; y si alguna vez se distinguen *corpus* y *collegium*, es porque cada corporacion llevaba únicamente uno ú otro de estos nombres, no obstante que la eleccion es accidental. Cuando leemos v. g., *neque collegium neque corpus habere conceditur* (nota *h*), quiere decir: toda asociacion no autorizada, está prohibida cualquiera que sea el título que lleve, *collegium* ó *corpus* (*s*); donde vemos que estas dos palabras designaban una corporacion artificial en oposicion á las comunidades (*t*).

Los miembros de una corporacion con relacion á los de otra, se llaman *collegæ* (*u*), y tambien *sodales*, que tiene desde luego una significacion más ámplia y un orígen más antiguo que *sodalitas* (*v*); y tomado en absoluto de las denominaba *collegiati et corporati* (*w*): los miembros de las diversas corporaciones de que me he ocupado se llamaban *Decuriati*, *Decuriales* (nota *d*) y *Socii* (nota *h*). El nombre genérico de

---

(*s*) L. I. pr. § I quod cuj. un. (III 4) (véase antes nota *h*) rubr. tit. Dig. de collegiis et corporibus (XLVII, 22). L. I, pr. § I; L 3. § I, 2, cod.; L. 17, § 3. L. 41, § 3 de excus. (XXVII, I). L. 20 de reb. dub. (XXXIV, 5). Segun Stryk us. mod. XLVII. 22. § I, se llama *corpus* una corporacion formada de muchos collegia. Fraseología, que no es en manera alguna latina, procede de una circunstancia accidental: en nuestras universidades el conjunto de la corporacion se llama *corpus academicum* y cada facultad *collegium*.

(*t*) L. I, § 7, de quæst. (XLVIII, 18).

(*u*) L. 41, § 3, de excus, (XXVII, 1). Fragm. Vatic, § 158.

(*v*) Así muy antiguamente los *Sodales Titii* ó *Tatii*, despues los *Sodales Augustales*, etc. Tácito, Ann, I. § 54.—Comp. L. 4, de coll, et corp. (XLVII, 22); segun este texto parece que la expresion *sodales* existia ya en la ley de las XII Tablas.

(*w*) L. un. C. de priv. corp. (XI, 14). L. 5. C. de comun. (IV, 63).

todas las corporaciones sean comerciales ó no es *universitas* (*x*); y la persona natural ó el individuo en oposicion á la persona jurídica, se llama *singularis persona* (*y*).

III Fundaciones ó personas jurídicas ideales (§ 86). Bajo el imperio del cristianismo las fundaciones piadosas, rodeadas de grande favor, recibieron numerosas extensiones y aplicacion muy varia; bien que en las fuentes del derecho no vemos ninguna palabra genérica que las designe, pues la de *pia corpora* es de creacion moderna (*z*). Para que sobresalgan mejor por via de oposicion sus caractéres generales, conviene examinar el estado de las cosas antes del cristianismo. En los tiempos antiguos se encuentra muy rara vez esta especie de persona jurídica, y hé aquí lo que se sabe sobre fundaciones religiosas en esta época. Ciertos dioses tenian el privilegio especial de poder ser instituidos herederos (*aa*); por esto vemos fideicomisos válidamente instituidos en favor de un templo (*bb*), los esclavos y manumitidos de un templo, bien

---

(*x*) Rubr., Dig. lib. III, t. IV. L. I, pr. § 1, 3; L. 3; L. 7, § 2, cod. (sobre la L. 2 cit., Comp. Schulting, notæ in Dig.)—Es una de las numerosas acepciones de esta palabra que designa toda reunion de personas, cosas ó derechos (§ 56 nota *n*), por lo cual no responde únicamente á la idea de la persona jurídica. En la L. I. C. de Judæis (1. 9), por ejemplo, las palabras *universitas Judeorum in Antiochensium civitate*, significan la totalidad de los judíos habitantes de Antioquía (*universi Judæi*) y de ningun modo una persona jurídica, pues el texto mismo de la ley niega esta cualidad y los declara incapaces de recibir un legado. Comp. Ziunmer, Rechtsgeschichte. t. I, § 130.

(*y*) L. 9, § I, quod metus (IV, 2).

(*z*) Se enumeran muchas en la L. 23, C. de SS. eccl. (I. 2). L. 35, 46. C. de ep. et cler. (I, 3). Sobre este asunto véase Mühlenbruch. t. I, p. 201; Schilling. Institutionem t. 11, § 49.—Tambien es cierto que se lee en la L. 19. C. de SS. eccl. (I, 2): «donationes super *piis causis* factæ;» pero estas palabras se aplican al fin piadoso de la donacion, y no al donatario como persona jurídica.

(*aa*) Ulpiano XXII, § 6. Deos heredes instituere non possumus, præter eos quos Scto, constitutionibus principum, instituere concessum est: sicuti Jovem Tarpejum, etc.»

(*bb*) L. I, § I, de annuis leg. (XXXIII, I). Un fidecimiso dejado á los sacerdotes y sirvientes de un templo determinado, y su validez se justifica como sigue: «Respondit... ministerium nominatorum designatum; ceterum *datum templo*.»

que la propiedad de los esclavos puede ser de derecho comun á todos los templos y muy diversa del privilegio de los testamentos(*cc*). Ahora bien, ¿cómo explicar la diferencia de principios en cuanto al establecimiento y condicion de estas personas jurídicas? Desde los tiempos del paganismo los romanos no eran indiferentes en materia de culto religioso; pero el culto tocaba al Estado y su caja era la que ofrecia á sus espensas las ceremonias en Roma, así como en las ciudades se verificaban á cargo del Tesoro comun; y puede ser que hubiese bienes del Estado ó de las ciudades cuyas rentas estuvieran afectas especialmente á las necesidades del culto, sin que la propiedad dejara de pertenecerles (§ 87, *p*). El cristianismo condujo á otro muy distinto órden de cosas, explicando el cambio suficientemente, su unidad, su independencia y el imperio absoluto que ejerciera sobre las conciencias. En cuanto á las instituciones de beneficencia del tiempo de la República, la caridad las presidia ménos que la política, ofreciéndonos un testimonio de este aserto las sumas inmensas que el Estado y ciertos magistrados consagraban al mantenimiento y los placeres de las clases inferiores. Despues, algunos emperadores crearon instituciones de beneficencia, pudiéndose citar como ejemplo de gran fundacion la de Trajano para los niños pobres en Italia; pero eran estos actos individuales, aislados y pasajeros, estando reservado al cristianismo asignar como un fin de la actividad humana, la caridad en sí y darle cuerpo por fundaciones independientes y duraderas.

(*cc*) Varon, de lingua latina, lib. VIII (al. VII). C. 41, quiere demostrar que la lengua no tiene analogía, y da como ejemplo, que entre los nombres propios muchos derivan de los de ciudades, otros no, ó les son falsamente relacionados: «alii nomina habent ab oppidis; alii aut non habent, aut non ut debent habent. Habent plerique libertini a municipio manumissi: in quo, ut societatum et *fanorum servi*, *non servarunt* pro portione rationem.» Este pasaje promueve otra dificultad grave, pero es extraña á mi objeto. Véase tambien Ciceron, Divina. in Cæcil., C. 17.—Las donaciones hechas á los dioses, sobre lo cual se cuestiona con frecuencia no tiene ninguna relacion con la capacidad de la propiedad, porque en su mayoría estaban consagradas y puestas así fuera del comercio, no implicando en manera alguna la propiedad del Dios donatario.

Bajo los emperadores cristianos, los establecimientos religiosos se nos presentan como personas jurídicas; pero ¿es posible sentar el principio de la personalidad? ó, en otros términos, ¿en dónde está el sujeto sobre el cual descansa el derecho de propiedad? Desde luego tenemos que afirmar se verificó un cambio notable: los dioses del paganismo eran representados como séres individuales semejantes al hombre, tal como nosotros le vemos sobre la tierra, y nada habia más lógico y natural que atribuir bienes á los dioses, y considerar como persona jurídica el templo propio de cada divinidad, concediéndole privilegios (*dd*), era seguir extrictamente el mismo órden de ideas. Mas la Iglesia cristiana, por el contrario, descansa sobre la fé en un solo Dios y, sobre la misma y su revelacion está fundada la unidad de la Iglesia, no habiendo que dar sino un paso para aplicar á la propiedad de los bienes el principio de unidad, idea que encontramos tambien en épocas muy diferentes, y lo mismo en la doctrina de los autores que en el espíritu y en los términos de las actas de fundacion. Es muy frecuente ver atribuida la propiedad de los bienes eclesiásticos, ya á Jesucristo, ya á la Iglesia cristiana, ó al Papa como su jefe visible. Pero reflexionando un poco, se comprende desde luego que la generalidad de este punto de vista no se consideraba con relacion al derecho forzosamente restringido, y que era necesario admitir la pluralidad de las personas jurídicas, áun para los bienes de la Iglesia. Ejemplo de esto son las disposiciones siguientes de una ley de Justiniano (*ee*): si un testador instituye á Jesucristo por heredero, entiéndase lo hace á la iglesia del lugar en que él reside; si lo hiciere en beneficio del arcángel ó un mártir, entiéndase de la iglesia á ellos consagrada en el lugar de su domicilio, ó, en su defecto, en la capital de la provincia; y si en la aplicacion de estas reglas surgiera duda entre muchas iglesias, prefiérase aquella por la que el testador tuviese una devocion particular, y á falta de esta prueba, por la más pobre. Vemos, pues, que aquí el sujeto de la sucesion es una parroquia determinada, es decir, la corporacion de cristianos perteneciente á su iglesia.

(*dd*) Ulpiano XXII, § 6.

(*ee*) L. 26, C. de SS. eccl. (I, 2). Este texto no está glosado.