

cia del derecho es preciso ir á buscarlos entre los Patricios. Poseian las nociones que mas adelante tomaron el nombre de ciencia, porque no eran de origen extranjero, todos tenian una fortuna considerable, y radicaban en su órden las dignidades sacerdotales. Estando íntimamente unido el derecho con la religion, se consultaba en todos los casos importantes á los pontífices. Obsérvese además que los Patricios vivian habitualmente en Roma, es decir, en el lugar donde se presentaban mas cuestiones de derecho que resolver, que ellos solos llegaban al Consulado, ó eran los amigos y consejeros de los Cónsules, que muchas veces eran nombrados jueces y llamados á decidir las cuestiones de toda especie, al menos las que pudieran suscitarse entre sus clientes, y se conocerá fácilmente, que solo en ellos era posible encontrar el conocimiento de los negocios y la ciencia del derecho.

CAPITULO III.

EL DERECHO ROMANO CONSIDERADO EN SÍ MISMO AL FIN DE ESTE PERIODO.

§. LVIII. Ramas.

Debo suponer que el lector sabe en cuantas ramas se dividió la jurisprudencia en lo sucesivo, y me contentaré con observar que una de ellas, *el derecho sagrado (jus sacrum) ó pontifical (jus pontificium)*, ha desaparecido con el tiempo (1). Casi es inútil decir, que durante este período no hubo ni aun el pensamiento de dividir la ciencia del derecho en muchas partes. No podrá dudarse sin embargo, que hubiera ya doctrinas que pueden referirse cómodamente á las ramas admitidas hoy, y estas doctrinas están anunciadas formalmente en la ley. Esta circunstancia me parece que debe fijar la atención mas de lo que se acostumbra ordinariamente.

(1) La palabra *jus*, precedida ó seguida, ya de un adjetivo, ya de un genitivo, ofrece aqui uno de esos casos raros en que los antiguos se separaban de su modo ordinario de designar los objetos, puesto que en el mayor número de casos, se contentaban con espresarlas por la fórmula *de...*, etc.

§. LIX. Fuentes.

CIC. *Top.* 5, et *De Invent.* 2, 22.

GAJ. *Instit.* p. 1.

ULP. Los cuatro párrafos primeros, sin rúbrica antigua. (*Jus civ. Antej.* p. 7.)

Frag. veter. jurisconsulti de juris speciebus §. 1, 3.
(*Jus civ. Antej.* p. 251, 252.)

INSTIT. 1, 2. *De jure naturali, gentium et civili.*

DIG. 1, 3. *De legibus, senatusqueconsultis ex longa consuetudine.*

En esta época eran las fuentes del derecho las decisiones (*leges*) del pueblo (*populus*), la última de las cuales derogaba siempre á las anteriores (1). Todo el pueblo no obedecía aun de un modo implícito á las leyes (*scita*) dadas por los Plebeyos solamente, y á las resoluciones (*consulta*) del Senado, es decir, á los actos emanados de dos poderes legislativos que se ejercían simultáneamente. Otras muchas doctrinas fundadas únicamente en las costumbres, opiniones y lenguaje, si no de todos los pueblos conocidos, al menos de los que conocían entonces los Romanos, ejercían en Roma casi tanto imperio como las que habían sido establecidas por las leyes. Encontramos la causa de este hecho notable en la diferencia entre lo que es *legítimo* (*legitimum* y no *legale*), y lo que es *justo* (*justum*). No se contentaban ya con aplicar esta denominación á todo el derecho civil, sino que se la hacía extensiva á lo que después se llamó derecho de gentes. Esto es lo que anuncia positivamente el sentido de la palabra *æquum*, que se hacía sinónima de *justum*. Las palabras *fas*, *fastus* no tenían relación mas que con el culto y no se derivan de la misma fuente que *fari*.

(1) *In XII Tabb. legem esse, ut quodcumque postremum populus jussisset, id jus ratumque esset.* (*Liv.* 7. 17). No estamos ciertos, sin embargo, de que este pasaje existiera realmente en la Tabla once, y aunque no hubiera alguna razón para dudar de ello, podría pensarse aun que estas palabras espresaban solamente la relación de las dos últimas tablas con las dos primeras.

DERECHO PRIVADO.

PRIMERA SECCION.

DE LAS PERSONAS (*De jure personarum.*)

§. LX. Consideraciones generales.

GAJI *Instit.* p. 1, 56.

ULP. T. 1, 18, que tiene en verdad mas relación con la propiedad de lo que es preciso aquí. (*Jus civ. Antej.* p. 6, 51.)

INSTIT. 1, 3, 26.

DIG. 1, 5. *De Statu hominum.*

Solamente entre los modernos ha sido la palabra *status* (*estado, condicion*) un término técnico en el derecho público, sacado de *status reipublicæ*. Pero ni aun le encontramos aplicado al derecho civil en Ciceron. Las espresiones *status hominum*, *status defunctorum*, *causa status*, *status questio*, *status controversia*, que se encuentran mas tarde en los jurisconsultos romanos, no quieren decir que la primera parte del derecho civil se ocupe de la diferencia de condicion (*status*) y que el estado de las personas sea ó natural (*naturalis*) ó civil (*civilis*): tampoco significan que el estado civil presente las tres cualidades de que se habla en las Instituciones con motivo de la tutela, y en las Pandectas al tratar de la capitisdiminucion (*capitis diminutio*, palabras cuya inversion no admiten los modernos) en la restitucion por causa de menor edad (*in integrum restitutio*). Sin embargo, la pérdida de estas cualidades está señalada de un modo especial en el derecho romano, y conforme á ellas examinan los modernos cuanto se refiere al derecho de las personas. Desprecíanse, pues, hoy un gran número de circunstancias que constituían seguramente un estado (*status*) entre los Romanos, y la marcha que se sigue no es conforme al orden

adoptado por aquellos; sin embargo, me veo precisado á conformarme á este orden para no contradecirme con lo que he dicho mas arriba (§. XVIII).

A. DIFERENCIA ENTRE LAS PERSONAS LIBRES Y LOS ESCAVOS.

§. LXI. SERVI.

ULP. 2. *De statu liberis.*

INST. 1, 3. *De jure personarum* (título demasiado general como otros muchos).

DIG. 40, 1. *De manumissionibus.* 2. *De manumissis vindicta.* 4. *De manumissis testamento.* 7. *De statu liberis.*

La mayor diferencia legal entre los hombres, mucho mas esencial que las admitidas hoy, es la de las personas libres (*liberi*) y los esclavos (*servi* (1), *servæ*, *ancillæ* ó tambien *mancipium*). Es verdad que se conoce esta materia, pero no tanto como merece á causa de su importancia. Los esclavos no gozaban de ningun derecho particular en Roma. Sin embargo, cuando eran *statu liberi* (palabras usadas ya en las Doce Tablas (2), cuya inversion conservan los modernos, y la primera de las cuales no proviene del sustantivo *status dies* ó *statim*), podian esperar la libertad, que recibian en cierto dia ó con cierta condicion, independiente del capricho de su amo. La sencillez del derecho primitivo, la consideracion de que la palabra *dare* no vuelve á usarse cuando se trata de los *statu liberi*, á la vez que está supuesta en el pasaje de las Doce Tablas, y la de que podia uno ser esclavo á la fuerza (*vi ipsa*) (3), todas estas circunstancias nos autorizan á creer que en la época de que hablamos se designaba con la calificacion de *statu liberi* á los que dicen los modernos que estan en el estado opuesto á la justa esclavitud (4). Así es que se dió despues el mismo nombre á los que habian sido manumitidos condicionalmente por última voluntad (*testamento*).

(1) *Servus* se deriva mas bien de *ēpos*, de *serere* que de *servare*. Admitiendo esta etimologia se acercaria al *nexus* en cuanto á su origen.

(2) Solo se cita el contenido y la palabra *EMPTORI* de esta proposicion de la ley de las Doce Tablas, *statu liberi emptori dando liber esto* (Ulp. 2. §. 4.—Fr. 25 y 39. §. 1. D. 40, 7.

(3) Fr. 1. D. 40, 7.

(4) HEIN. Ant. 1, 4. §. 1.

§. LXII. Orijen de la *servidumbre*.

Un hombre nace esclavo cuando su madre es esclava (*ancilla*), ó llega á serlo 1.º cuando es hecho prisionero como enemigo, ó al menos como no comprendido en ningun tratado; de ahí derivaban los Romanos las palabras *servus* y *mancipium*; 2.º cuando un acreedor le vende para cobrarse con su precio; 3.º cuando se le impone la pena de esclavitud. Jamás la producen el convenio ni la prescripcion.

§. LXIII. *Hombres libres.*

ULP. 1, 5 y siguientes. *De libertis.*

INST. 1, 4. *De ingenuis.* 1, 5. *De libertinis.*

Un hombre libre puede ser injenuo (*ingenuus*), ó libertino (*libertinus*), diferencia que constituye tambien un estado, una condicion (*status*), aunque no se represente en la *capitisdiminucion*. El acto de dar libertad se llamaba *manumissio*, término cuya inversion conservan los modernos. En su lugar se encuentra ordinariamente en Plauto el *emittere manu*, lo que no es exacto, porque el poder del amo no debia llamarse *manus*, y la manumision se hacia tambien por medio de un tercero, á quien concedia el dueño esta facultad. La manumision tiene analogía con los diferentes modos de adquirir la propiedad de una cosa que no tardaremos en explicar. Se ejecuta 1.º ante la autoridad (*in jure* ó *coram magistratu*), á cuya presencia es declarado libre el que habia sido hasta entonces esclavo (*vindicta* y no *per vindictam* ó *cum vindicta*): lo que quiere decir *in*

libertatem vindicatione, en Plauto *festuca* (1); 2.º por la inscripcion del nombre del esclavo en las tablas del censo á virtud de la manifestacion del dueño (*censu* y no *per censum*); 3.º finalmente en testamento (*testamento* y no *per testamentum*), materia de que no tratan los Decenviros con este motivo, ni al hablar de la tutela. Hay un fragmento que demuestra que la adopcion bastaba en ciertos casos para conferir este beneficio (2).

El hombre que nace libre y á quien hacen esclavo los enemigos, cuando sale del cautiverio vuelve á gozar de todos sus derechos aun los de ingenuo (*postliminium*) (3). Lo mismo sucede en todos los casos mencionados antes (§. LXI) en que uno ha sido (*statu liber*).

(1) *Mil. Glor.* 4, 1, v. 17.

(2) GAJUS 12, I, 1, 11. *De Adopt.*, segun Caton. Véase tambien á AUL. GELL. 6, 19.

(3) *Dig.* 49, 15. *De captivis et postliminio et redemptis ab hostibus.*

DERECHO DE CIUDAD.

§. LXIV. CIVES ET PEREGRINI.

La diferencia entre los hombres libres de ser Romanos, (*C. R.* quiere decir *cives Romani*, palabras que no se emplean igualmente en sentido inverso ni *optimo jure*), ó no serlo (*peregrini* y aun *hostes*, espresion que acaso tenia en su origen mas relacion con *hospites*), no se ofrece despues en el derecho romano mas que con motivo de los libertos. Sin embargo de que la alta importancia de esta distincion, y el papel principal que hace en gran número de materias, no permiten que dejemos de examinarla especialmente (1), ofrece aun poco interés al fin del primer período, en cuya época todos los libertos de los Romanos eran Romanos. Habia muchos grados intermedios entre el ciudadano y el extranjero, que formaban los que tenian el *nomen latinum*, los aliados (*socii*) y acaso los trásfugas (*dedititi*), ya se hubiera pensado en desterrarlos de la ciudad, ya se intro-

dujera este castigo mas tarde y se aplicára solamente á algunos: seguramente no fué costumbre en el principio castigarlos de este modo (2).

(1) El pasaje de Ciceron (*de Orat.*, I, XXXVIII). *Quare denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit*, es uno de los ejemplos mas luminosos de los principales puntos del derecho romano en esta materia. Así pues, si Gayo no trata de un modo especial del derecho de ciudad, es verosimilmente, porque esta materia no tenia gran importancia para los que habian nacido libres.

(2) GAJUS *Instit.* p. 6.

§. LXV. Adquisicion y pérdida del derecho de ciudad.

Se adquiere el derecho de ciudad: 1.º por el nacimiento, atendiéndose á la condicion de la madre si ha nacido fuera de matrimonio, y á la del padre en el caso de haber nacido de matrimonio: 2.º por la manumision debida á un ciudadano romano, y 3.º por la adopcion. Este último medio era tanto mas fácil de emplear, cuanto que muchas veces se hacia aceptar á la fuerza el título de ciudadano.

Este derecho se perdía con la libertad, ó cuando se hacia uno miembro de otra corporacion.

§. LXVI. Corporaciones ó personas morales.

No se encuentra en las Doce Tablas ninguna disposicion de derecho civil, relativa á los cuerpos, corporaciones ó *personas jurídicas* de los modernos (*universitates, collegia, corpora, societates, personæ publicæ* en Frontin, y mas tarde *corporationes*). Es, sin embargo, un punto de doctrina de que se debe tratar naturalmente al hablar del derecho de ciudad. Así, aunque no se vean ningunos vestigios de él en los sistemas de jurisprudencia de los antiguos, no podrá dudarse que existieran en otro tiempo semejantes corporaciones privilegiadas.

B. DISTINCION ENTRE LOS QUE EJERCEN DERECHOS PARA SI Y LOS QUE LOS EJERCEN PARA OTROS (*De his qui sui juris vel alieno juri subjecti sunt.*)

§. LXVII. PATERFAMILIAS, y diferentes modos de estar sometido al poder de otro en general.

GAJI *Instit.* p. 13.

ULP. 4. *De his, qui sui juris sunt.*

INSTIT. 1, 8. *De his, qui sui vel alieni juris sunt.*

La segunda diferencia notable de que se ocupaban los jurisconsultos, era la que establecian entre el hombre que podia adquirir todos los derechos para sí mismo (*sui juris, paterfamilia*), palabras cuya inversion no admiten los modernos (*materfamilia*, en este sentido, *familia suae princeps*), y el que no puede adquirirlos sino para otro (*alieno juri subjectus*: no se encuentra la expresion *alieni juris* sino en el título y entre los modernos). En el título de la capitis diminucion (*capitis diminutio*) se habla del *status hominis* con motivo de la capitis diminucion mínima (*minima*), como tambien de *libertas* y *civitas* á propósito de la capitis diminucion máxima y media (*maxima et media*); pero el legislador usa en el primer caso de la palabra cambiar (*mutari*) y en el segundo de la de perder (*amitti*). La palabra *familia*, cuyas numerosas acepciones recuerdan las que damos á nuestra palabra *casa*, se deriva de *famulari*, lo mismo que *pecunia* y *peculium* de *pecus*. Los antiguos no la usan aquí como término técnico para expresar el estado del que ejerce derechos para sí, ni para significar el de la persona que está bajo la dependencia de otra; pero Gayo usa estas tres expresiones, *potestas, manus et mancipium*, que leemos en Ulpiano (1) colocadas muchas veces las unas al lado de las otras, sin sospechar que se diferenciaban tanto en su significacion como nos ha dado á conocer el descubrimiento del manuscrito de Gayo. Nin-

guna está usada en las Doce Tablas, excepto la última, que lo está en otro sentido. Todo nos autoriza á pensar que hasta el fin del segundo período, no se fijó perfectamente el sentido de estos tres términos, á la manera que sabemos positivamente que desaparecieron, excepto uno, hácia el fin de la cuarta época (2). El poder (*potestas*) es tambien el derecho que se ejerce sobre el esclavo; pero los tres derechos de que se trata, son estensivos á los hombres libres y á los Romanos. Bajo este concepto debe ser varon y adulto el que los ejerce, exceptuando tal vez el último. No puede ejercerlos á la vez mas de una persona, á cuya muerte se estingue su derecho; parece sin embargo que podia transferirlo en vida. Esta segunda circunstancia no es aplicable enteramente á todos los casos, y no hay duda tampoco, en que una relacion de esta naturaleza entre dos individuos puede ser la causa de la semejanza de sus nombres.

(1) 19, 13. *Per eas personas, quas in potestate, manu, mancipiove habemus.* Lo mismo se dice en los párrafos 23, 24 y 25.

(2) Teófilo (*Instit.* 1, 8) dice con mas precision aun que el testo, que el derecho (*jus*) no es otra cosa que el poder (*potestas*).

§. LXVIII. POTESTAS.

La palabra *potestas* se ofrece á nuestra consideracion en el derecho público (1) y en la parte del derecho civil que se refiere á las cosas (2). Pero las mas de las veces es solo una expresion técnica, de que se sirven para designar dos modos de estar un individuo bajo la dependencia de otro. Este término corresponde á nuestra palabra *poder*, que no tiene menos acepciones diferentes en nuestra lengua. Los Romanos distinguian, en efecto, el poder del amo (*dominus herus*) sobre su esclavo, y el del padre llamado *parens, pater* y no *paterfamilias*, porque esta palabra de origen mas moderno no espresaba verosimilmente una relacion: el padre ejercia este poder sobre su hijo (*filius familias*) ó su hija (*filia familias*).

- (1) Hay ya en efecto las de *consulari potestate, tribunicia potestas*, etc.
 (2) *Plenam in ea re potestatem*, s. 4. Instit. 2, 4.

§. LXIX. 1.º Poder sobre los esclavos.

La autoridad sobre el esclavo casi no está limitada todavía por el magistrado, pero la dulcifican mucho las costumbres. No se ocupan especialmente del modo con que nace. Toda la doctrina sobre este punto descansa en gran parte sobre lo que se ha dicho respecto á la diferencia entre el hombre libre y el esclavo, y en parte sobre lo que nos resta que examinar en cuanto á la propiedad de las cosas.

§. LXX. Derechos sobre los libertos.

DIG. 38, 1. *De operis libertorum*.

En ninguna parte se habla del derecho que quedaba al dueño despues de haber dado la libertad á su esclavo. El que habia sido dueño se llamaba *patrono (patronus)*, es decir, tomaba el mismo título que el patricio respecto á sus clientes (§. XLII); pero no se usa en las Doce Tablas esta palabra en el mismo sentido (1). Al que habia sido esclavo se le llamaba *liberto (libertus)*. Se suscita con este motivo una gran cuestion, la de saber, si en tiempo de las Doce Tablas, el que estaba de cualquier modo bajo la influencia de un patrono, podia serlo de sus libertos, cuando vemos, que en todos los demas casos el que estaba *in potestate, manu mancipiove*, no podia tener á nadie bajo su poder. Nos falta para resolver la cuestion una noticia importante, porque no sabemos si la palabra *patronus* estaba usada en algun pasaje de las Doce Tablas, como sinónima de la de *manumissor* (2). Vemos, por el contrario, que esta gran ley habla dos veces de una relacion (3) que al fin del período siguiente era considerada como un ejemplo de materia bastante rara (4), relacion que desapareció completamente en el tercero (5); pero de la cual se ha conservado una palabra

hasta nuestros dias en muchas lenguas modernas (6); hablo de los *gentiles (gentiles)* ó *gentilitii* como se les llama una vez (7). Todos los que llevaban el mismo nombre, pertenecian á la misma raza (*gens*) y eran *gentiles* los unos de los otros (8). Por consiguiente como el liberto tomaba el nombre del que habia sido su amo, eran él y sus hijos varones, *gentiles* de aquel y su descendencia masculina. Tito Livio, al tratar de un liberto, habla espresamente de su casa (*gens*) (9): se heredaba al hijo de un liberto por derecho de parentesco (*gente*) (10). Pero debia haber una gran diferencia entre los *nacidos y adoptados* en la *gens*, y sus descendientes; quiero decir, entre los que formaban el tronco de la *gens*, todos patricios de origen, (11) y los que habian entrado en la familia por la manumision concedida á ellos ó sus antepasados. Solo se tenia en cuenta á los primeros cuando se trataba de aplicar los derechos de los *gentiles*; y acaso fueran los únicos que llevasen este nombre, llamándose *gentilitii* aquellos sobre quienes ejercian derechos (12). El patrono del liberto estaba en cierto modo en el primer grado del patronato mirado bajo un punto de vista general, y si se colocaba en igual categoría al patrono del hombre libre, era no considerando el patronato en general, sino bajo la relacion particular de la *gentilidad (gentilitas)*. Esta relacion era perfectamente parecida á la de los agnados, de los cuales los de una misma sangre eran considerados como los primeros, de manera que eran respecto á los hombres que habian nacido libres, lo que el patrono y sus hijos para los libertos.

(1) El pasaje que sirve de prueba á esta asercion no lo suministra SERV. *ad Virg.* 6, 609.

(2) No nos queda ni un pasaje de las Doce Tablas relativo al derecho de herencia del patrono sobre los bienes del liberto. Lo que dice Ulpiano (29, 1, 4 y 6) que los nombra con este motivo y las palabras bastante vagas, de que volveré á tratar despues, de Theófilo (1, 17), pueden entenderse muy bien de cualquiera materia desconocida para nosotros, y en la cual, aunque no se empleara el nombre de patrono, se entendiera hacia ya mucho tiempo que se hablaba de este. Es cierto que la tutela del patrono sobre su liberto im-

puber no estaba indicada espresamente sino solo *per consequentiam* en las Doce Tablas (ULP. 11, 3).

(3) Con motivo de la curatela, y de la sucesion *ab intestat*. Véase mas abajo.

(4) Así es como se encuentra indicada en Ciceron (*De Orat.* 1. XXXIX). El mismo escritor alude tambien á ello cuando escoje la palabra *gentiles* para ejemplo de una definicion perfecta, aunque termina la que da de ella con esta frase: *hoc fortasse satis est* (Top. 6).

(5) Gayo (p. 130), pasaje que se encuentra tambien en LL. Mos. Collatio, 16, 2) dice al fin: *Qui sint autem gentiles, primo commentario retulimus* (pasaje que se habia leído así: *Commentariorum et ultimum est*) *et cum illic admonuerimus, totum gentilium jus* (el derecho de los *gentiles*) *in desuetudinem abiisse*. Ulpiano dice lo mismo: *Nec gentilitia jura in usu sunt* (En la LL. Mos. Collatio, 16, 4 al fin.)

(6) *Gentilhomme, gentleman, gentiluomo*.

(7) *Intestatorum, gentilitiorum hereditates*, etc., tal es el principio del pasaje citado en la nota 5. Ordinariamente no se toma en consideracion esta acepcion de la palabra *gentilium*.

(8) *Gentilis* es el que pertenece á la misma *gens*, como *tribulis* es el que forma parte de la misma tribu (PLIN. *Hist. nat.*, 33, 1). Estaban tan aislados los esclavos de los demás ciudadanos, que solo se les designaba por el nombre de sus amos; se llamaban casi los *gentiles* de sus dueños (*gentiles dominorum*).

(9) Liv. 39, 19. *Fescenia Hispana... gentis enuptio... esset*.

(10) Cíc. *De Orat.* 1, 39.

(11) El *Vos solos gentes habere*, que se echaba en cara á los Patricios, prueba que la gentilidad se referta solamente al patriciado, y no es extraño que cayera en desuso, cuando el tiempo abolió el mismo patriciado. El pleito de que habla Ciceron, y que se ha citado muchas veces, se suscitó entre dos familias que llevaban el nombre Claudius, una de las cuales era patricia, y la otra, la de Marcello, plebeya. Esta hacia valer sus derechos de tronco, es decir, pretendia que el hijo de un liberto que habia fallecido, pertenecia á su linea. La de Claudio, por el contrario, se fundaba en la afinidad (*gens*), verosimilmente porque los Patricios eran los únicos que podian ejercer derechos sobre otros en calidad de *gentiles*.

(12) Desde que se admite este principio no es difícil de entender la definicion que dá Ciceron (Top. 6) de los *gentiles*, diciendo que son solamente aquellos *ab ingennis oriundi*, y de los cuales *majorum nemo servitutum serviverat*. Estas dos condiciones indispensables para los *gentiles*, no lo eran para los *gentilitii*. Pero si se refusa dar esta acepcion á las dos palabras fundándose en un solo pasaje de un manuscrito muy poco auténtico, en que ciertas personas eran llamadas *gentilitii*, al menos puede decirse muy bien que la espresion *gentiles* se tomaba en dos sentidos, es decir, que se designaba así desde luego á los que hacian parte de una *gens*, en cuanto sobre ellos podian ejercerse los derechos que nacen de esta condicion, y mas particularmente á los que ejercian estos derechos. El término de *gentiles* puede compararse al de *agnati*, nombre que no podia llevar mas que un individuo del sexo masculino, aunque podia ser uno agnado de una romana. Hay una diferencia, y es que nadie interpreta mal la palabra agnados, no solo porque conocemos bien la materia, sino porque, y es lo mas importante de notar, sabemos por el ejemplo de un jurisconsulto (Ulpiano) en qué orden se colocaban unas palabras respecto á otras. No sucede lo mismo con la definicion de la palabra *gentiles* que emana acaso de la misma fuente; pero se refiere á una materia, controvertida ya en tiempo de Ciceron y cuyas circunstancias accesorias nos son desconocidas.

§. LXXI. PATRIA POTESTAS. Adquisicion de este poder 1.º por el nacimiento.

GAJI. *Instit.* p. 13 y siguientes.

ULP. 5. *De his qui in potestate sunt*.

INSTIT. 1, 10. *De nuptiis*.

DIG. 23, 25.

El poder paterno (*patria potestas*), palabra que los modernos no alteran tampoco, es el primer modo por el que un hombre libre y Romano puede depender de otro. Procede del nacimiento *ex justis nuptiis ex juste matrimonio* (1), es decir, que procede de una mujer que vive en un estado de matrimonio aprobado por las leyes romanas, ya con el que ha de adquirir el poder, ya con otro sometido al de aquel. Las Instituciones, que guardan silencio sobre la *manus*, no son la primera obra en que se trate del matrimonio, porque Gayo y Ulpiano hablan de él incidentalmente, pero nada dicen del modo de celebrar este contrato, y Ulpiano trata al mismo tiempo de su influencia sobre los bienes. Se necesitan muchas circunstancias para la legitimidad de un matrimonio. Es preciso desde luego que los esposos sean púberes, libres y que gocen hasta cierto punto del derecho de ciudadanía: es necesario además que no esté ligado con los lazos de un matrimonio anterior. Otra condicion no menos esencial es la igualdad (*connubium*) de las partes contratantes (2) que exige que ambos sean ó plebeyos ó patricios (3), y tal vez que si la mujer es liberta, lo sea tambien el esposo y pertenezca á la misma raza (*gens*) (4) que ella. Finalmente, es sobre todo condicion indispensable que un grado muy próximo de parentesco no haga el matrimonio incestuoso. Este parentesco podia ser, ó congenital, llamado *cognatio*, término que, como el de *agnatio* viene de *gnasci* y designa la afinidad de raza, pero no la consanguinidad, al menos en el lenguaje de los jurisconsultos romanos; ó contraído por el

matrimonio (*affinitas*). El primero era ó corporal y jurídico á la vez, como la agnacion en virtud de parentesco corporal por los hombres, sin que nada le haya precedido; ó simplemente jurídico, como la agnacion por una adopcion subsistente; ó solamente corporal como la cognacion simple que existe: 1.º despues de haber cesado la agnacion entre parientes consanguíneos: 2.º por parte de las mujeres: 3.º por la de los extranjeros. Jamás tenia lugar el matrimonio entre padre é hijos (*parentes et liberi*), á cualquier grado que estuviesen, en el órden directo de la agnacion ó de la afinidad. Entre colaterales, á escepcion del grado que mas tarde se declaró comprendido con otros muchos casos diferentes bajo la designacion general de *parentum et liberorum loco esse* (5), los únicos que impedian el matrimonio eran cuando mas: 1.º el cuarto grado de parentesco consanguíneo (6), respecto al cual no se tenia en consideracion si el padre y la madre habian sido ó no los mismos: 2.º el grado mas próximo posible en el parentesco puramente jurídico. Aqui no se tenia en cuenta la afinidad. No habia ningunas circunstancias que pudieran dispensar la obediencia á estas prohibiciones, á las cuales sin embargo no se referia directamente ningun pasaje de las Doce Tablas.

El consentimiento mútuo de las partes contrayentes es indispensable para que el matrimonio sea real y válido; pero cuando las personas que se unen están en poder de sus padres se necesita además el de estos (7). Por lo demás no parece que fuesen esenciales para la validez del matrimonio ni la cohabitacion, ni ninguna demostracion exterior de su existencia.

Nada dicen aquí los antiguos de la conclusion del matrimonio, aunque sea de la mayor importancia para el poder paterno, porque la procreacion posterior á la disolucion del matrimonio, no da derecho para ejercer aquel. El matrimonio concluye:

1.º Por la muerte, sin tener en consideracion para nada que haya ó no herederos.

2.º Por la incapacidad de uno de los esposos para vivir en lo sucesivo en este estado, y por un hecho que destruya la igualdad recíproca (*connubium*).

3.º Por el divorcio. Se hablaba de él en las Doce Tablas; pero ignoramos qué disponian (8). Tampoco se sabe si tenia aplicacion á todos los matrimonios aun á los formados sin *manus*. La discusion que se ha suscitado sobre si tuvo lugar el primer divorcio durante el primer período, ó no ocurrió hasta muy avanzado el segundo, parece que ha sido ocasionada solamente por la falsa interpretacion de un pasaje relativo á la introduccion de la fianza que debia dar el marido para la restitucion de la dote de su mujer (*cautio rei uxoriae*) (9). Hay una circunstancia relativa al objeto de que tratamos, que debe ser señalada, porque conocemos un pasaje de las Doce Tablas que se refiere á ella; y es que el hijo nacido doce meses despues de la disolucion del matrimonio era considerado como legítimo (10); pero los antiguos no hablan de esto en el artículo del matrimonio.

(4) Es necesario añadir aquí la palabra *justæ*; pero los modernos la usan sin necesidad en la fórmula de que se valen tan frecuentemente: *Pater est, quem justæ nuptiæ, etc.*

(2) En términos de derecho no se llama así ni el matrimonio ni la capacidad individual para contraerle con cualquiera.

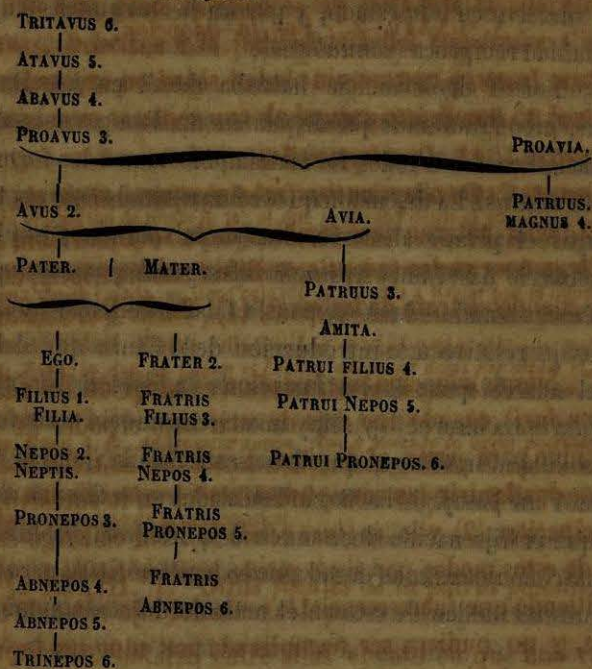
(3) Citase un pasaje de las Doce Tablas que no deja duda en el particular (s. 54.)

(4) Un senado-consulta, que data del período siguiente, nos da á conocer la necesidad de esta cláusula (Liv. 39, 19): *UTIQUE FESCENLE HISPALÆ... GENTIS ENUPTIO... ESSET... UTIQUE EI INGENUO NUBERE LICERET, NEU QUID EI, QUI EAM DUXISSET, OB ID FRAUDI IGNOMINIEVE ESSET*. Ignoramos si habia una prohibicion real del matrimonio, ó si estas máximas se establecieron mas tarde, cuando no se daba importancia á la antigua distincion entre Patricios y Plebeyos.

(5) Sobre esto solamente se funda la regla mal interpretada, que está en el §. 3. INSTIT. 1, 10.

(6) *TAC. Ann. 12, 6. Conjuga... et sobrinarum diu ignorata*. No son verdaderas *sobrinas* sino *consobrinas*; es muy verosímil que un copista haya omitido en la palabra *sobrinx* la particula *con*, que entonces se acostumbraba escribir abreviadamente. Aunque los antiguos no se ocupaban jamás de los grados del parentesco al hablar del matrimonio, y los esponian al tratar de la *bonorum possessio*; acaso sea conveniente dar desde ahora una tabla genealógica, que guarda mucha relacion con la que se ha publicado conforme á un manuscrito de Cujas; no se diferencia mas sino en que los colaterales han sido colocados debajo y no al lado de sus antecesores; de manera que los descendientes de los tres últimos grados inscritos en esta tabla estan uno de

bajo de otro, y no en la misma línea como sucede en la antigua tabla solamente, sin duda, por falta de espacio.



(7) Ulp. 5, 2... *et utrique consentiant, si sui juris sunt, aut etiam parente eorum, si in potestate sunt.* No se habla del poder del esposo que hubiere contraído nuevo matrimonio.

(8) Estas palabras de Ciceron, *causas e XII tabulis dixit*, no prueban nada cuando se atiende al último miembro de la frase que no espresa mas que una burla. Pero Ciceron ajita en otra parte (*de Orat.* 1, 40) la cuestion de si el divorcio tiene lugar *certis quibusdam verbis, non novis nuptiis*.

(9) Aulo-Gelio dice espresamente (4, 3), y aun cita la autoridad en que se apoya, que es Servio Sulpicio, *de Dotibus: Tum primum cautiones rei uxorie necessarias esse visas scripsit, cum Sp. Carvilius... divortium cum uxore fecit.* Nada prueba que este escritor, Dionisio de Halicarnaso y Valerio Máximo no hayan visto en este pasaje el primer ejemplo del divorcio. La asercion de Plutarco, aunque algo menos inverosímil, tampoco es muy probable. Por lo demás, Montesquieu comete un grave error (16, 16) cuando cita el ejemplo de Coriolano para probar que el divorcio tuvo lugar entre los romanos mucho antes de la época que le señalan los tres autores que acabamos de citar; porque el matrimonio de Coriolano fué anulado por la *capitis diminutio media* que habia experimentado *media capitis diminutio*, es decir, por consecuencia de la pérdida del *connubium*.

(10) Godofredo ha insertado en las Doce Tablas estas palabras: *SI QUI EI IN X MENSIBUS PROXIMIS POSTHUMUS NATUS ESCIT, JUSTUS ESTO*, en cuyo apoyo no tenía mas que un pasaje de Aulo-Gelio (3, 16), en que se dice que los Decenviros habian adoptado el término de diez meses.

§. LXXII. 2.º Por la adopción.

GAI *Instit.* p. 26.

ULP. 8. *De adoptionibus.*

INSTIT. 1, 11. *De adoptionibus.*

DIG. 1, 7. *De adoptionibus (et emancipationibus, etc.)*

El poder paterno nace tambien de la voluntad libre del que llega á ser padre (*adoptio*; se llama tambien *optio*, elección, cuando se trata de las cosas) (1). Puede haber en este caso:

1.º Simple adopción por la dación en adopción (*in adoptionem dari*), cuando uno deja de estar bajo el poder de un individuo para pasar al de otro. A este caso se refieren dos modos de adquirir las cosas, introducidos en lo sucesivo, la mancipación (2) y la *in jure cessio* (3). Sin embargo cada uno de estos modos por sí no puede parecer bastante, sino admitiendo que fuera esencial la venta del hijo repetida tres veces, y no pudiera ser reemplazada por ninguna *in jure cessio*, para hacer al hijo independiente de su padre. Este sería entonces el único caso de adopción de que se hubiera hecho mérito en las Doce Tablas.

2.º Puede haber tambien *arrogación*, es decir, acto particular de un hombre que habia sido hasta entonces *paterfamilias*, y que no necesitaba de tutor, pero que consentia en someterse voluntariamente al poder de otro; sumisión autorizada en la asamblea del pueblo. Muy pronto, sin embargo, y puede ser que ya en el tiempo de que hablamos, llegó á ser una simple formalidad la obligación de llevar este negocio ante el pueblo: con tal que los Pontífices no tuvieran ninguna objeción que hacer sobre las cosas sagradas (*sacra et sacrorum detestatio*), y que un magistrado presidiera el acto, treinta lictores pronunciaban la adopción en nombre de las treinta curias, sin que se informasen estas siquiera. Los hijos del que caía así bajo el poder paterno perdían en este caso en el cambio, mucho mas que en el precedente.

Es una gran cuestion si era frecuente la adopcion en Roma. Debemos á la indiferencia del emperador Claudio el saber que no habia habido ninguna en su casa, muy antigua, pero tambien una de las mas orgullosas de Roma.

(1) Se añadia el nombre de la familia en que se entraba por adopcion, y que habia obligacion de tomar (s. 70), al que se llevaba desde el nacimiento, dándole la terminacion en *ianus* que se encuentra tantas veces en lo sucesivo. Citaremos como ejemplo á *Scipio Emilianus*. Asi es como entre nosotros, al hablar de una mujer casada, se tiene cuidado de volverla á llamar por el nombre que usaba antes de su enlace, y que conservara desde su nacimiento hasta aquella época.

(2) SUET. in Aug. 64. *Cajum et Lucium adoptavit domi per assem et libram emptos a patre Agrippa*. No se habla aquí de ningun modo de una *in jure cessio*.

(3) GELL. 5, 19. *Adoptantur autem, cum a parente in cuius potestate sunt, tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est vindicantur*. Gayo (26, 10 y siguientes), y Ulpiano (8, 3) no hablan en este caso de la mancipation.

§. LXXIII. 1.º Otras fuentes de la patria potestad.

Pueden contarse entre ellas el caso en que uno recibe con el derecho de ciudadanía, el poder paternal sobre sus hijos procreados antes de esta época, y hasta cierto punto, el caso en que un *filius familias*, que tenga hijos, llegue á ser por la muerte de su padre hábil para ejercer el poder paterno, de que empieza á gozar realmente entonces. En fin, clasificaremos igualmente entre ellas el recobrar este poder despues de haber sido enagenado de una manera incompleta, y el *postliminium* que vuelve al padre ó al hijo la capacidad para ejercer este poder ó estar sometido á él. Pasó mucho tiempo antes de conocerse en Roma lo que se nombraba *causæ probatio*, y lo que llamamos *legitimacion*.

§. LXXIV. Manus.

GAJ. Instit. p. 28, 30.

ULP. 9. *De his qui (acaso quæ) in manu sunt*.

La segunda especie de dependencia es la *manus* propiamente dicha, ó lo que llaman los modernos *potestas maritalis*.

lis, y Servio *nexus maritalis*. No se aplica mas que á la mujer que *viro in manum venit*, ó que *in manu est viri*, á la cual llama Ciceron (1) en este sentido *materfamilias*, y lleva mas comunmente entre los modernos el nombre de *uxor in manum conventa* (2). Si el marido está sometido al poder paterno, la mujer cae en la *manus* de su suegro. Gayo refiere espresamente los tres modos con que la mujer se sometia á esta dependencia. Es verdad que se conocian ya, segun Ciceron y Virgilio, esos modos que en los antiguos comentarios de Virgilio se confundian (3), si no totalmente, al menos en cuanto á su orden, con aquellos por que una mujer puede *in manum convenire*.

Estos modos son:

1.º El uso (*usus*) ó la posesion matrimonial de la mujer durante un año, como para las otras cosas muebles. Parece que fué con mucha frecuencia la fuente de la *manus*, puesto que esta tenia lugar en todo matrimonio, cuando uno de los esposos no tenia cuidado de que el otro se separase (*usurpatum iret*), al menos durante tres noches seguidas (*trinoctium*), á fin de que quedase el matrimonio sin *in manum convenire* (4). Se han engañado de un modo muy extraño cuando han creido que el matrimonio se efectuaba por el uso, sin que la mujer se encontrase *in manum mariti*.

2.º La confarreacion (*confarreatio*), es decir, la consagracion por medio de ceremonias religiosas, durante las cuales se comia á presencia de diez testigos una torta de harina de trigo (*farreum*). Estos matrimonios consagrados tenian por fin hacer hábiles á los hijos para el desempeño de ciertas funciones sacerdotales, y puede ser que la ceremonia de la confarreacion no estuviera en uso sino entre los Patricios. No es preciso creer por eso, que el uso (*usus*) fuese el único modo acostumbrado por los Plebeyos.

3.º La coencion (*coemptio*), ó la compra que se hacia sin duda por una mancipation, y á la cual se refiere tambien el *nexum maritalis* en Servio. Los comentadores de

Virgilio dicen que la mujer compraba tambien al marido, pero es por una interpretacion de las dos primera letras de la palabra *coemptio*, tan inverosímil como los hechos de que se ha querido deducir que la mujer se vendia. En el curso del segundo período fué cuando esta coencion, y la palabra *coemptionator* (5), considerada ya como sospechosa antes de descubrir el manuscrito de Gayo, se aplicaron tambien á otros casos (*alterius rei causa*), es decir, á la tutela.

(1) *Top.* 3.

(2) Es difícil de concebir que una falta tan grosera como la de traducir *uxor conventa* por *la mujer que ha venido*, pueda ser cada dia mas comun. Tomadas literalmente dichas palabras querrian decir cuando mas *la mujer á quien se persigue en justicia, ó la mujer á quien se ha visitado*.

(3) Las palabras que Pithou cita en Schulting (p. 790), se encuentran en las *Georgicas* (1, 31), y en la *Eneida* (4, 103 y 373).

(4) GELL. 3, 2. Q. *quoque Mucium jurisconsultum dicere solitum legi* (ó *lege*, ó las dos) *non esse usurpatam* (ó *isse usurpatum*) *mulierem, quæ Kal. Jan. apud virum causa matrimonii esse capisset, et ante diem quartum Kal. Jan. sequentis usurpatum isset. Non enim posse impleri trinoctium, quod abesse a viro usurpandi causa ex XII Tabulis deberet, quoniam tertiæ noctis posteriores sex horæ alterius anni essent, qui inciperet ex Kalendis*. Los modernos habian descuidado este pasaje en sus investigaciones sobre el modo de computar la usucapion, hasta que el profesor M. Erb hizo conocer su importancia (*Civilistisches Magazin*, tom. V, p. 213).

(5) *Civilistisches Magazin*, tom. IV, p. 399. La palabra *coemptionator* tiene de comun con *auctionari* y *sarcinator*, que ofrece el ejemplo de un verbo derivado del sustantivo de otro verbo.

§. LXXV. MANCIPIUM.

GAJI *Instit.* p. 30, 33.

Un individuo, Romano ó Romana, podia caer en la dependencia de otro de un tercer modo, es decir, por *mancipium*. El *mancipium* exigia que el individuo fuese vendido solemnemente en la forma que diremos en el artículo de la propiedad, aunque Gayo la espone aquí; pero vendido de modo que no se hiciese hijo, hija ni mujer del comprador. Ignoramos si este tercer modo ocurría frecuentemente en Roma, sobre todo en el curso del primer período.

§. LXXVI. Fin de POTESTAS, MANUS y MANCIPIUM.

GAJI *Instit.* p. 33.

ULP. 10. *Qui in potestate mancipiove sunt, quemadmodum ex jure liberentur.*

INSTIT. 1, 12. *Quibus modis jus potestatis solvitur.*

Despues de examinar los tres modos con que puede caer uno bajo el poder de otro, trataban los antiguos de la conclusion de este derecho, aunque solo se ocupaban, propiamente hablando, de la estincion del poder paterno. La autoridad sobre los hijos cesa: 1.º por la muerte del padre; pero los nietos caen en el poder del hijo, que llega á ser *sui juris*; 2.º por una *capitis diminucion* (*capitis diminutio*) sufrida por uno de ellos, teniendo en cuenta siempre la posibilidad del *postliminium*; 3.º por la dignidad de Flamin que obtuviese el hijo, ó por la de Vestal de la hija; 4.º por una venta solemne seguida del acto de libertarle, actos sucesivos, pero que se designan despues bajo la palabra *emancipacion*. Un pasaje de las Doce Tablas (1) muy conocido (§. X, not. 2), pero que ofrece aun muchas dificultades, anuncia que para el hijo debia renovarse esta venta tres veces. Finalmente, es preciso no creer que esta venta fuese solamente una vana formalidad; nos parece demostrado lo contrario por la marcha natural del derecho y el intervalo, muchas veces muy considerable, que transcurria entre una enagenacion y otra (2). En fin, 5.º el poder paterno cesaba por el abandono de los hijos en reparacion del daño que habian causado (*noxæ datio*), modo de estincion muy posterior en fecha á los cuatro primeros. Vemos claramente que el padre no podia emancipar á su hijo al instante, y solo tenia este derecho despues de haberle recibido de manos del comprador, lo cual ocasionaba muchas dilaciones, y daba ciertos derechos de patronato, ya al comprador que le habia emancipado, ya al tercero á quien habia vendido el hijo de otro y que le emancipaba en seguida (3). Era preciso ademas, para que

no se hubiese recurrido á este medio mas bien que á la manumision por vindicta (*vindicta manumittere*) (§. LXIII), que el padre no hubiera tenido un derecho de *vindicatio* que poder ejercer por sola su autoridad personal.

Finalmente, el poder paterno no cesaba ni por la edad, ni por el matrimonio, ni por el rango ó dignidad del que estaba sometido á él.

No se dice nada del fin de la *manus*. Ulpiano no habla de ella ni aun en el titulo en que anuncia la conclusion del *mancipium*. Se encuentra el término de *diffarreatio* en un monumento antiguo (4).

(1) El pasaje de las Doce Tablas: SI PATER FILIUM TER VENUNDAVIT (asi se lee en el manuscrito y no DUIT), FILIUS A PATRE LIBER EST (el manuscrito dice EST y no ESTO, lectura en cuyo favor militan muchas circunstancias), este pasaje, decimos, referido por Ulpiano (10, 1), no quiere decir que el hijo llegue á ser dueño de sí propio, lo cual no sería exacto, sino que el padre no tiene ningun derecho sobre él. El hijo necesitaba de la manumision para llegar á ser dueño de sí mismo (*sui juris*).

(2) En la *Leg. Mos. Coll.*, 16, 2, se habla espresamente del caso en que el hijo *ex prima secundave mancipatione post mortem patris manumittitur*. Asi este pasaje de Ulpiano (23, 3): *adgnoscutur suus heres.... manumissione, id est, si filius ex prima secundave mancipatione manumissus, reversus sit in patris potestatem*, no debe entenderse de toda emancipacion, aunque sea continuada para con el mismo individuo.

(3) Parece que estos derechos fueron considerables, si se juzga por el cuidado que tenia el padre natural y no adoptivo de libertar por sí mismo á su hijo, y por las disposiciones á que hubo que recurrir en lo sucesivo para disminuir estos derechos en la persona del extranjero que habia manumitido.

(4) En *Muratori*, pág. 1024, n. 4.

§. LXXVII. La relacion de los Agnados considerada como consecuencia de la patria potestad y la MANUS.

La *patria potestas* y la *manus* producen muchas veces una consecuencia análoga al patronato, en cuanto no se presenta sino cuando este no puede tener lugar. Lo que anuncia por otra parte la analogia de que hablamos, es que los Romanos no se ocupaban de esta consecuencia, sino incidentalmente con motivo de la tutela (1). Consiste en una relacion no con el individuo que fuera otras veces ó *parens* ó *vir*, sino de los agnados entre sí. Debe notarse aquí que ninguno de ellos era designado

aun con el nombre de *consanguineo* en las Doce Tablas (2), acaso por la misma razon que en esta ley se llamaba á los patronos *gentiles* (§. LXX). Esta relacion es la *familia* en cierto sentido (§. LXVII); y acaso el *tronco* (*estirps*) (3). Los agnados son los que estarían ó bajo la patria potestad, como los hijos, ó *in manu*, como la esposa, de un individuo si viviera este aun (4); importando poco por lo demas que hubieran estado realmente sometidos á su autoridad. Se necesita, no obstante, como condicion esencial, que la muerte sola haya podido impedir que hubieran estado en su poder ó en su mano. Finalmente, si un hijo perdía todos sus derechos de familia para con sus agnados, no era solo porque pasara al poder ó á la mano de otro, es decir, á otro *agnatio*, á causa de que no se podia ser á la vez agnado de dos familias diferentes; no era tampoco solamente por la anulacion del poder ó la *manus* del hombre durante su vida: los perdía por el hecho de cesar el poder paterno en vida del padre, con el fin de que el hijo pudiera gozar al instante de su independenciam. Acabamos de decir que perdía todos sus derechos de familia para con sus agnados; estos en reciprocidad perdian igualmente los suyos para con aquel; les era en efecto del todo indiferente que llegase á ser *sui juris* viviendo el padre ó solo despues de su muerte, y aun si se quiere mirar la conclusion de dicho poder como un castigo impuesto al hijo, sufrían entonces tanto en no tener derechos de agnacion respecto á él, como él en no tenerlos respecto á su padre. Verdad es que los patricios, como jefes de casas, no estaban en igual caso, ganaban lo que perdian los agnados, y así no deja de ser probable que introdujeran esta doctrina rigurosa.

(1) ULP. 11, 4.

INSTIT. 1, 15. De legitima agnatorum tutela.

(2) *Leg. Mos. Coll.*, 16, 3. *Consanguineos lex non adprehenderet* (*adprehenderet* sin duda conviene mejor que *comprenderet*).

(3) Segun el derecho de los siglos siguientes, no conocemos mas que la division de herencia en troncos (*stirpes*); pero un pasaje del tratado del *Orador*