

fit, id est, ut caveat adrogator personæ publicæ, si intra pubertatem pupillus decesserit, restitutum se bona illis qui, si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Item non aliter emancipare eum potest adrogator, nisi causa cognita dignus emancipatione fuerit, et tunc sua bona ei reddat. Sed et si decedens pater eum exheredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit, jubetur quartam partem ei bonorum suorum relinquere, videlicet, præter bona quæ ad patrem adoptivum transtulit, et quorum commodum ei postea adquisivit.

La adopción hecha por la voluntad del jefe de familia, por medio de mancipaciones ó de la *cessio in jure*, se aplicaba á todos los hijos que se hallaban bajo potestad, sin distinción de edad ni de sexo. Pero la adrogación, hecha por los comicios, con interrogación del adoptante, del adoptado y del pueblo, no podía aplicarse, en la época en que esta solemnidad era una cosa grave y formal, sino á los ciudadanos que formaban parte de los comicios, pues las mujeres y los impúberos eran excluidos. Una constitución de Antonino Pío permitió la adrogación de los impúberos. En cuanto á la de las mujeres, nos dice Gayo que no era permitida en su tiempo (1); no lo era tampoco en el de Ulpiano, de quien son las siguientes palabras: «*Per populum vero romanum feminae quidem non adrogantur. Pupilli antea quidem non poterant; nunc autem possunt ex constitutione divi Antonini Pii*» (2). Pero un fragmento del Digesto nos manifiesta que bajo el imperio de Justiniano era permitida la adrogación de las mujeres; lo mismo que la de los hombres: «*Nam et feminae ex rescripto principis adrogari possunt*» (3). Así las mujeres y los impúberos podían ser adrogados, observando respecto de estos últimos ciertas condiciones.

An honesta sit, expediatque pupillo. Cuando se trataba de la

(1) Gay. 1. §§ 101 y 102.

(2) Ulp. Reg. 8. § 5. Nótese que en esta época la intervención de las curias era ya una ficción (véase pág. 132).

(3) D. 1. 7. 21. Este fragmento lo atribuyen á Gayo los compiladores del Digesto; pero es evidentemente una de aquellas alteraciones de que hemos hablado (*Hist. del der.*, p. 339). Queriendo Triboniano y sus colaboradores variar en este punto el antiguo derecho, hacen decir á Gayo lo contrario de lo que había dicho.

adrogación de un impúbero era preciso, además de las investigaciones ordinarias, examinar si lo que movía al adrogante era un afecto sincero y honrado; consideración que, según las costumbres de los romanos y de los griegos, no debe admirarnos; se averiguaba cuál era la conducta y la reputación del adrogante, cuál su fortuna y la del pupilo comparada con la suya, y, en una palabra, si la adrogación era honrosa y proporcionaba ventajas al pupilo.

Cum quibusdam conditionibus. Estas condiciones tenían todas por objeto impedir que el pupilo, en vez de hallar ventajas en la adrogación, hallase la pérdida de su fortuna. En efecto, llevaba á la familia del adrogante todos sus bienes, conforme á las reglas de la patria potestad, y no se quería que los perdiese. Mas podían ocurrir muchos casos: 1.º Que el pupilo muriese antes de la pubertad. 2.º Que fuese emancipado ó desheredado sin motivo antes de la pubertad. 3.º Que fuese emancipado ó desheredado con justo motivo antes de la pubertad. 4.º Que llegase á la pubertad sin ocurrir ninguno de estos casos. En el primero, el adrogante, en vez de guardar los bienes del pupilo, debía devolverlos á sus herederos naturales; en el segundo, debían los bienes ser restituidos al mismo pupilo, con más la cuarta parte de los propios bienes del adrogante, porque este último no debía hacer de la adrogación un juego, emancipando ó desheredando sin motivo. Esta cuarta se llamaba *cuarta Antonina* (*cuarta D. Pii*), porque, como hemos dicho, fué Antonino el autor de estas disposiciones. En el tercer caso sólo recobraba el adrogado todos sus bienes. Por último, en el cuarto, habiendo llegado la pubertad, podía reclamar contra su adrogación, y si probaba que le era desfavorable, era emancipado y recobraba todos sus derechos (1). Si no reclamaba, ó si no era admitida su reclamación, quedaba confirmada la adrogación y producía todos los efectos ordinarios.

Caveat personæ publicæ. Se designan con estas palabras las personas encargadas en cada ciudad de llevar los registros públicos (*tabulæ*), en los que debían ser inscriptos muchos actos, como ciertas donaciones y ciertas fianzas. Esta especie de escribanos se llamaban *tabularii*. Teófilo dice también en su paráfrasis que el

(1) *Et si pubes factus non expediti sibi in potestatem ejus redigi probaverit, æquum est emancipari eum a patre adoptivo, atque ita pristinum jus recuperare* (D. 1. 7. fr. 32 y 33).

adrogante debia dar fianza á una persona pública; es decir, añade ταβουλλαρτω (*tubulario*). Se confiaban en otro tiempo estas atribuciones á esclavos públicos ó á esclavos particulares, con el consentimiento de sus señores (1). Por esto los fragmentos de Ulpiano y de Marcelo, citados en el Digesto, dicen *servo publico* (2). Pero Arcadio y Honorio exigieron que sólo se encomendasen á hombres libres (3).

IV. *Minorem natu, majorem non posse adoptare placet. Adoptio enim naturam imitatur; et promonstro est, ut major sit filius quam pater. Debet itaque is qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, plena pubertate, id est, decem et octo annis præcedere.*

4. El menor de edad no puede adoptar al mayor. Pues la adopción imita la naturaleza, según la cual es cosa monstruosa que sea el hijo mayor que el padre. Y así el que recibe un hijo por adopción ó adrogación, debe tener más que él todo el tiempo de la pubertad; es decir, 18 años.

Plena pubertate. Respecto de los hombres, la pubertad propiamente dicha se hallaba fijada, como sabemos, á los catorce años; á los diez y ocho años la pubertad plena, así llamada porque á esta edad habia adquirido todo su desarrollo, aún en las personas más tardías (4). No encontramos relativamente á la edad del adoptante y del adoptado otra regla que la de este párrafo. Sabemos que un impúbero, aún en la infancia, puede ser adoptado y adrogado, que la edad del adoptante no se hallaba tampoco limitada, aunque, sin embargo, no se permitia fácilmente la adrogación á personas que tenían ménos de sesenta años, porque podian aún esperar tener hijos (5).

V. *Licet autem et in locum nepotis vel pronepotis, neptis vel proneptis, vel deinceps adoptare, quamvis filium quis non habeat.*

5. Se puede adoptar por nieto, nieta, biznieto ó biznieta, aunque alguno no tenga hijo.

Segun que se adopta á alguno por hijo, por nieto ó por biznieto, la adopción produce efectos diferentes en el grado de parentesco, y por consiguiente en las prohibiciones del matrimonio, en los derechos de tutela y sucesión. El adoptado como hijo se halla

(1) C. 7. 9. 3.

(2) D. 46. 6. 5. f. Ulp.—Ib. 1. 7. 18. f. Marcel.

(3) C. 10. 69. 3.

(4) Teof. h. t.

(5) D. 1. 7. 15.

en primer grado con respecto al adoptante, es hermano de los hijos que este último puede tener, y tío de sus descendientes, con quienes no podrá casarse hasta el infinito. Si es adoptado como nieto, se encuentra en el segundo grado respecto del adoptante, y es sobrino de los hijos de este último, con cuyos descendientes puede casarse, porque sólo es primo de ellos.

Quamvis filium quis non habeat. De que la adopción imita á la naturaleza, habria podido inferirse que, para adoptar á un nieto, era ya preciso adoptar á un hijo (*filium et non filiam*, porque los descendientes de una hija no se hallan nunca bajo el poder del abuelo materno). Esta objeción se previene en este lugar; basta, en efecto, que el que adopta á un nieto pueda ser naturalmente su abuelo, y por tanto, que tenga más que él dos veces la pubertad.

VI. *Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest quam nepotem in locum filii.*

6. Y al hijo de otro puede cualquiera adoptarlo como nieto, así como á éste por hijo.

VII. *Sed si qui nepotis loco adoptet, vel quasi ex eo filio quem habet jam adoptatum, vel quasi ex illo quem naturalem in sua potestate habet: eo casu et filius consentire debet, ne ei invito suus heres agnascatur; sed ex contrario, si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non es necesse filium consentire.*

7. Mas si se adopta un nieto, suponiéndole habido de un hijo ya adoptado, ó de un hijo natural que se tiene bajo su potestad, en este caso debe también consentir en la adopción este hijo, para que dicha adopción no le dé contra su voluntad un heredero suyo; mas, por el contrario, si el abuelo da en adopción á su nieto, no necesita el consentimiento de su hijo.

Quasi ex eo filio. Cuando se adoptaba á alguno por nieto, podia hacerse de dos maneras: 1.º Simplemente y sin designarle por padre ningun individuo de la familia (*incerto natus*). 2.º Designado por su padre á algunos de sus hijos (*quasi ex filio*) (1). La diferencia entre estos dos casos era grande. En el primero entraba el adoptado en la familia como un nieto cuyo padre hubiese ya muerto; sólo era sobrino de todos los hijos del adoptante; á la muerte del jefe de la familia, quedaba libre, y por consiguiente heredero suyo. En el segundo caso entraba el adoptado como nieto del jefe de la familia, y como hijo de aquel de sus hijos que se hubiese designado. A la muerte del jefe, no quedaba libre, sino

(1) D. 1. 7. 43. f. Pomp.

que pasaba bajo la potestad y á la familia del que se le habia designado por padre, y con relacion á éste venía á ser heredero suyo. Habia realmente dos adopciones en una, y era preciso el consentimiento de los dos adoptantes, del abuelo y del padre.

Det in adoptionem. Ya hemos explicado el principio en que se funda esta regla.

VIII. *In plurimis autem causis, adsimilatur is qui adoptatus vel adrogatus est, ei qui ex legitimo matrimonio natus est. Et ideo si quis per imperatorem, vel apud prætorem, vel præsidem provincie non extraneum adoptaverit, potest eundem in adoptionem alii dare.*

In plurimis causis. Ya sabemos cuáles son los efectos de la adopcion. Cuando el adoptado pasa bajo la patria potestad del adoptante, entra en su familia, se hace agnado de los individuos de ésta, y por consiguiente su cognado, pues la cognacion es el parentesco en general: *Qui in adoptionem datur, his quibus agnascitur et cognatus fit: quibus vero non agnascitur nec cognatus fit* (1): teniendo el jefe de la familia la patria potestad sobre él, puede disponer del mismo como de sus demas hijos, y por consiguiente darlo á otro en adopcion.

Non extraneum. Esta circunstancia es necesaria para la adopcion propiamente dicha, pues sin esto no habria patria potestad.

IX. *Sed et illud utriusque adoptionis commune est, quod et ii qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt; castrati autem non possunt.*

Esta diferencia procede de que en el impotente el vicio de organizacion no es ni bastante completo, ni bastante demostrativo para que sea contrario á la naturaleza suponer que el que parece impotente tenga un hijo; tanto más, cuanto que, como observa Teófilo, se ve con frecuencia desaparecer el vicio que producía la impotencia. No sucede lo mismo respecto del castrado: suponer que tuviese un hijo, sería una cosa evidentemente contraria á la

(1) D. 1. 7. 23. f. Paul.

naturaleza, y por esto los romanos no le permitian la adopcion, aunque ésta debiese tener por objeto principal dar legalmente hijos á los que no pueden naturalmente tenerlos.

X. *Feminae quoque adoptare non possunt; quia nec naturales liberos in sua potestate habent; sed ex indulgentia principis, ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

10. Las hembras tampoco pueden adoptar, porque ni tienen bajo su potestad á sus hijos naturales. Pero la benevolencia del príncipe puede concederles permiso, como un medio de consolarlas en la pérdida de sus propios hijos.

De esta manera una constitucion de Diocleciano y Maximiano permite la adopcion á una madre que ha perdido sus hijos. En este caso la adopcion no produce nunca la patria potestad, sino que establece entre la madre y el hijo adoptivo vínculos semejantes á los que existen entre la madre y sus propios hijos: *«Et eum perinde atque ex te progenitum, ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus»* (1).

XI. *Illud proprium est adoptionis illius quæ per sacrum oraculum fit, quod is qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subicitur, sed etiam liberi ejus in ejusdem fiunt potestate, tamquam nepotes. Sic enim divus Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptavit, ut protinus adoptione facta, incipiat Germanicus Augusti nepos esse.*

11. *Es proprio* de la adopcion hecha por rescritto, que si un padre que tenga hijos bajo su poder se da en adrogacion, no sólo pasa él bajo el poder del adrogante, sino que tambien pasan sus hijos como nietos. Así fué que Augusto no quiso adoptar á Tiberio hasta que este último hubo adoptado á Germánico, á fin de que inmediatamente despues de hecha la adopcion, principiase á ser Germánico nieto de Augusto.

Illud proprium est. Esto mismo no tiene lugar en la adopcion propiamente dicha, porque el hijo de familia dado en adopcion, aunque estuviese casado y tuviese hijos, no los tenía nunca bajo su potestad, pues él mismo se halla bajo el poder del jefe, que puede darlo en adopcion y retener sus hijos.

XII. *Apud Catonem bene scriptum refert antiquitas, servos, si a domino adoptati sint, ex hoc ipso posse liberari. Unde et nos eruditi, in nostra constitutione etiam eum*

12. Caton, dicen los escritos de los antiguos, juzgaba que los esclavos, si eran adoptados por su señor, por este solo hecho podian quedar libres. Por esto, instruidos nosotros en esta opinion, hemos es-

(1) C. 8. 48. 5.

servum quem dominus actis inter-
venientibus filium suum nomina-
verat, liberum constituimus, licet
hoc ad jus filii accipiendum non
sufficiat.

tablecido en nuestra constitucion
que un esclavo á quien su señor
haya dado, en un acto público, el
nombre de hijo, sea libre, aunque
no pueda adquirir por esto los dere-
chos de hijo.

La adopcion de un manumitido sólo era permitida á su patrono sin que por esto se menoscabasen los derechos de patronato (1). En cuanto á la adopcion de los esclavos, no era válida como adopcion. Mas este pasaje nos enseña que antiguamente bastaba ésta para dar la libertad al esclavo adoptado. Por lo demas, esta forma indirecta de manumision ¿producia los mismos efectos que las manumisiones solemnes por censo, por vindicta ó por testamento, en que no se hacia más que dar una libertad de hecho? Nada encontramos que nos indique esto. Justiniano la ha colocado entre las formas que sanciona en la constitucion, que ya hemos citado.

La adopcion no era indisoluble: el adoptante podia fácilmente destruirla, ya emancipando al adoptado, ya dándolo en adopcion á otro, con tal que no fuese extranjero. El hijo, una vez separado de la familia, no era ya agnado ni cognado de ninguno de los individuos de ella, y quedaban rotos todos los vínculos que lo ligaban con la misma, ménos las prohibiciones de matrimonio, que existian entre el adoptante y el adoptado: «*In omni fere jure, finita patris adoptivi potestate, nullum ex pristino retinetur vestigium*» (2). Una vez disuelta, la adopcion no podia ya renovarse entre las mismas personas: «*Eum, quem quis adoptavit, emancipatum vel in adoptionem datum, iterum non potest adoptare*» (3).

PODER DEL MARIDO SOBRE LA MUJER (*manus*).

El matrimonio, áun legitimo (*justæ nuptiæ*), no podia por sí solo producir el poder marital: la mujer quedaba sometida á este poder (*in manum conveniebat*), de tres maneras: por el uso, la confarreacion ó la coempcion (*usu, farreo, coemptione*) (*Hist. del der.*, pág. 107).—1.º Por el uso (*usu*). Segun las Doce Tablas, los objetos muebles se adquirian por el uso, es decir, por la posesion

(1) D. 1. 7. 15. § 3.

(2) D. 17. 13. f. Papin.

(3) Ib. f. 37. § 1.

de un año: este modo de adquisicion (*usucapio*) fué aplicado áun á la mujer que era adquirida por su marido, y entraba en su poder, cuando despues del matrimonio la habia poseido durante un año sin interrupcion (*velut annua possessione usucapiebatur*). Si ella queria evitar esta potestad de su marido, debia cada año, para interrumpir la usucapion, separarse por tres noches consecutivas de la habitacion conyugal (*usurpatum ire trinoctio*). En todos los matrimonios en que se pasaba un año sin esta interrupcion, tenia lugar el poder marital.—2.º Por la confarreacion (*farreo*). Si se queria que en el instante mismo del matrimonio se produjese el poder marital, era preciso recurrir á las formalidades de la confarreacion ó de la coempcion. Las primeras consistian en una especie de sacrificio, en el cual se usaba pan de trigo (*farreus panis*), de donde ha venido la palabra confarreacion (*farreum*). Este sacrificio iba acompañado de ciertas solemnidades y de palabras sacramentales, en presencia de diez testigos. Ademas de que estas ceremonias producian el poder marital, hacian á los hijos habidos de este matrimonio capaces para ser nombrados para ciertos cargos sacerdotales: así es de presumir que la confarreacion se hallaba principalmente reservada para los patricios (1).—3.º Por la coempcion (*coemptione*). Este modo consistia en la mancipacion ó venta solemne de la mujer, hecha al marido, que se hacia comprador (*coemptionator*). En breve diremos cuáles eran las formalidades de la mancipacion.—Por lo demas, todas estas formalidades eran muy distintas del matrimonio, que en sí mismo no exige ninguna: es menester no equivocarse sobre su objeto, que no era el casar á los cónyuges, sino sólo dar al marido la *manus*.

De cualquier manera que la mujer entrase bajo el poder de su marido, salia de la patria potestad de su padre y de su propia familia, en la que perdía todos sus derechos de agnacion; pero entraba en la familia del marido, en la que adquiria en cierto modo la clase y los derechos de hija: «*Filiæ loco incipit esse; nam si omnino, qualibet ex causa, uxor in manu viri sit, placuit eam jus filia nascisci.*» Sólo entónces se la consideraba como agnada de sus propios hijos, teniendo bajo esta cualidad derechos de sucesion sobre ellos, sobre su marido, y recíprocamente.

Todos estos pormenores están tomados y casi traducidos de Ga-

(1) Tacit. Ann. 4. 16.

yo (1), que nos ha dado sobre esto nociones casi desconocidas. Nos dice que en su tiempo la adquisicion de la *manus*, por el uso, se hallaba en parte derogada por las leyes, y en parte habia caido en desuso; que la confarreacion era practicada por los grandes flaminios ó sacerdotes, es decir, los pontífices particulares de Júpiter, Marte y Quirino; que la coempcion tenia todavía lugar, y que se usaba de un modo ficticio en otros casos que el matrimonio, á fin de eludir ciertas disposiciones del antiguo derecho (*Historia del der.*, pág. 225). Ulpiano nos dice algo de la confarreacion en los fragmentos que de él nos han quedado (2). Pero en tiempo de Constantino desapareció completamente con el paganismo esta forma religiosa, y sólo quedó, cuando más, la coempcion, que acabó por desuso. En el imperio de Justiniano hacia ya mucho tiempo que no se hablaba del poder marital (*manus*): así las Instituciones no dicen de esto ni una palabra. Las mujeres que se casaban permanecian siempre en la familia de su padre; no perdian en ella ninguno de sus derechos de agnacion, ni entraban en la familia del marido, en la que sólo se hacian afines; pero tambien habia mucho tiempo que se habian establecido por senado-consultos, como veremos, derechos de herencia entre la madre y los hijos.

PODER SOBRE EL HOMBRE LIBRE ADQUIRIDO POR MANCIPACION
(*mancipium*).

Un jefe de familia podia vender á un ciudadano todas las personas que se hallaban bajo su poder, como sus esclavos y sus hijos, de cualquier sexo que fuesen, y hasta su mujer cuando la tenia *in manu*. Pero los esclavos, lo mismo que las personas libres, eran de aquellas cosas llamadas *mancipii res*, de que no se podia transferir el dominio civil (*dominium ex jure Quiritium*) sino por la venta solemne, la mancipacion (*Hist del der.*, pág. 114). Este acto se celebraba en presencia de cinco testigos, ciudadanos romanos púberos, y de otra persona de la misma condicion, que llevaba un peso, y que por esto se llamaba porta-peso (*libripens*). El comprador, asiendo á la persona que se le vendia, decia: *Hunc ego*

(1) Gay. 1. § 108 y sig.

(2) Ulp. Reg. T. 9.

hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc, aere, aeneaque libra. A estas palabras daba golpes en el peso con el metal que daba al vendedor como precio de la venta. Esta formalidad no era más que un simulacro legalizado de las ventas que tenian lugar en el tiempo en que, siendo casi desconocida en Roma la moneda, se daban los metales al peso (1) (*Hist del der.*, página 59). La persona libre, enajenada de esta manera, entraba en poder del que la adquiria ó compraba (*in mancipio*), y con relacion á él era en algun modo asimilada á un esclavo (*mancipati, mancipateve servorum loco constituuntur*); sin embargo, no perdia su cualidad de hombre libre, cosa muy importante de observar. Entre la mancipacion que acabamos de describir y la que tenia lugar en la coempcion de la mujer, habia la diferencia de que la primera se hacia con las mismas palabras que la compra de los esclavos, lo que no se verificaba en la coempcion; así las personas dadas *in mancipio* eran en algun modo esclavas; mas no sucedia lo mismo con la mujer que habia entrado *in manu*.

Por lo demas, este poder particular (*mancipium*) se templó aún antes que el poder que se ejercia sobre les esclavos. Gayo nos dice que no era permitido ultrajar á las personas que se tenian *in mancipio*, y que el que lo hiciese se exponia á ser perseguido por la accion de injuria: en su tiempo los jefes de familia sólo emancipaban á sus hijos de un modo ficticio y para que saliesen de su poder. Sólo en un caso, sin embargo, era la mancipacion un acto serio, y era cuando un individuo habia causado algun daño, y el jefe de familia á que pertenecia hacia de él la cesion noxal, es decir, que lo daba *in mancipio*, en reparacion del perjuicio que habia causado (*noxae dedere, dowali causa mancipare*) (2). Pero esta última práctica cayó en desuso, como nos lo manifiestan las mismas Instituciones (3). De la mancipacion de las personas libres no quedaba ya más, en tiempo de Justiniano, que el uso ficticio que de ella se hacia para darlas en adopcion ó emanciparlas, y este emperador hizo que desapareciesen hasta estas últimas huellas. Así las Instituciones no hablan más del *mancipium* que de la *manus*.

(1) Gay. 1. § 122.

(2) Gay. 1. § 116 y sig.—§.141.

(3) Inst. 4. 8. 7.

TITULUS XII.

QUIBUS MODIS JUS POTESTATIS
SOLVITUR.

Videamus nunc, quibus modis ii qui alieno juri sunt subjecti eo jure liberantur. Et quidem *servi quemadmodum a potestate liberantur*, ex iis intelligere possumus, quæ de servis manumittendis superioribus exposuimus. Hi vero qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit: nam mortuo patre, sane omnimodo filii filiarum sui juris efficiuntur. Mortuo vero avo, non omnimodo nepotes neptisque sui juris fiunt, sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui *recasuri non sunt*. Itaque, si moriente avo pater eorum vivit, et in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si vero is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, *aut exit de potestate patris*, tunc ii, qui in potestate ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.

Vamos á examinar la disolucion de los tres diferentes poderes, *potestas*, *manus* y *mancipium*, principiando por el primero, que es el único de que tratan las Instituciones.

Servi quemadmodum a potestate liberantur. El medio de librar á uno del poder dominical es la manumision, de que ya se ha tratado: en cuanto á la muerte del señor, á su esclavitud, y á los demás acontecimientos que pueden ocurrirle, no dan libertad al esclavo, sino que transmiten su propiedad á otro (1).

Respecto de los hijos de familia, salen de la patria potestad, como nos lo dicen los emperadores Diocleciano y Maximiano, por ciertos sucesos ó por un acto solemne (*actu solemnè, vel casu*) (2);

(1) Teófilo, hic.

(2) C. 8. 49. 3.

á esto es preciso añadir: y por ciertas dignidades.—Los acontecimientos que hacian á los hijos *sui juris* eran: la muerte del jefe de la familia, la pérdida de la libertad, la de los derechos de ciudad, ya recayesen estas pérdidas sobre el padre, ya sobre los hijos. Las Instituciones examinan en particular cada uno de estos acontecimientos.

Recasuri non sunt. El texto explica aquí claramente cómo luego de la muerte del jefe, los hijos, que le eran sometidos sin persona intermedia, se hacian independientes y jefes á su vez, cómo los nietos salian de la potestad del abuelo y entraban en la del padre, y cómo la grande familia se descompone así en muchas pequeñas, entre las cuales el vínculo de agnacion continúa subsistiendo.

Aut exit de potestate patris. Algunas ediciones añaden *per emancipationem*; pero de cualquier manera que el padre haya salido de la patria potestad, ya por emancipacion, ya por adopcion (1), basta que no se halle en la familia y que haya perdido sus derechos, para que sus hijos á la muerte del abuelo no vuelvan bajo su poder.

I. Cum autem is qui ob aliquod maleficium in insulam deportatur, civitatem amittit, sequitur ut qui eo modo ex numero civium romanorum tollitur, perinde ac si eo mortuo, desinant liberi in potestate ejus esse. Pari ratione et si is qui in potestate parentis sit, in insulam deportatus fuerit, desinit in potestate parentis esse. Sed si, ex indulgentia principis, restituti fuerint per omnia, pristinum statum recipiunt.

1. Como aquel que por algun crimen ha sido deportado á una isla pierde los derechos de ciudad, se sigue de aquí que es borrado del número de los ciudadanos romanos, cesando desde entónces sus hijos, como si hubiese muerto, de estar bajo su poder. Con igual razon, el hijo que se halla bajo la patria potestad cesa de estar sometido á ella cuando es deportado. Mas si obtuviesen de la clemencia del príncipe *una entera restitucion*, recobran su antiguo estado.

Los derechos de ciudad se perdian por la interdiccion del agua y del fuego, y posteriormente por la deportacion. En breve tendremos ocasion de hablar de esto detalladamente (2). El hombre castigado con estas penas se hacía extranjero (*peregrinus*), y como tal perdía todos los derechos civiles; es decir, todos los derechos de ciudadano; si era jefe de familia, su potestad se disipaba; y si

(1) Excepto, sin embargo, por el patriciado ó por otras dignidades que en virtud de una novela libran de la patria potestad sin hacer perder los derechos de familia. (V. el § 4 sig.)

(2) Inst. 1. 16. 2.

era *alieni juris*, debía, por una razon semejante, salir de la familia y de la patria potestad: *Neque (enim) peregrinus civem romanum, neque civis peregrinum in potestate habere potest* (1).

Restituti fuerint per omnia. Teniendo el emperador la facultad de otorgar gracias, podia indultar al penado. Si esta gracia se concedia pura y simplemente, todos sus efectos se limitaban á librar al penado de su pena, á permitirle volver á su patria y recobrar el título de ciudadano; en este caso no renacia ó se restablecia la patria potestad. Pero si el emperador habia otorgado una restitucion entera (*restituo te in integrum; restituo te per omnia*), entónces el restituido volvia á sus dignidades, á su clase, y á todos los derechos que tenia en otro tiempo (*ut autem scias quid sit in integrum restituere; honoribus, et ordini tuo, et omnibus ceteris te restituo*); por consiguiente renacia la patria potestad (2). Por lo demas, y en todos estos casos, sólo para en adelante recobraba sus derechos el agraciado, porque el poder imperial no podia destruir en el tiempo pasado efectos que habian sido definitivamente producidos.

II. *Relegati autem patres in insulam, in potestate sua liberos retinent: et ex contrario, liberi relegati in potestate parentum remanent.*

2. Los padres relegados en una isla retienen á sus hijos bajo su potestad; y reciprocamente, los hijos relegados permanecen bajo dicha potestad.

La relegacion era una pena ménos grave que la deportacion. Era comunmente temporal, aunque á veces perpétua; pero en todos los casos dejaba al penado sus derechos de ciudad: *Sive ad tempus, sive in perpetuum quis fuerint relegatus, et civitatem romanam retinet* (3). Su efecto se limitaba á privar al penado del derecho de salir del lugar designado (*tantum enim insula eis egressi non licet*). Pero el relegado conservaba la patria potestad lo mismo que sus demas derechos civiles (*quia et alia omnia jura sua retinet*) (4).

III. *Poenæ servus effectus, filios in potestate habere desinit. Servi autem poenæ afficiuntur, qui in metallum damnantur, et qui bestiis subjiciuntur.*

3. El que se hace esclavo de la pena, deja de tener á sus hijos bajo su potestad. Se hacen esclavos de la pena los condenados á las minas y los expuestos á las fieras.

(1) Ulp. Reg. 10. 3.—Gay. 1. § 128.

(2) C. 9. 51. fr. 1. 6 y 9.

(3) D. 48. 22. 7. § 3. f. Ulp.

(4) Ib. l. 4. f. Marc.

El que es hecho esclavo se halla colocado en la clase de cosa, pierde no sólo los derechos de ciudadano, sino aún los derechos de las gentes; y si es jefe de familia, se acaba su patria potestad lo mismo que todos sus demas derechos. En cuanto á los casos en que un hombre libre viene á ser esclavo, ya los hemos expuesto; pero de cualquier manera que la esclavitud haya sido producida, es preciso aplicar lo que dice nuestro texto en este lugar, aunque sólo habla de la condenacion á las minas y á las fieras; condenaciones que posteriormente, en virtud de una novela de Justiniano, dejaron de producir la esclavitud.

Acabamos de examinar los acontecimientos accidentales (*casus*), que terminan la patria potestad; entre ellos sería preciso colocar la cautividad en poder del enemigo, pues que produce esclavitud; pero para seguir el órden de las Instituciones nos veremos obligados á hablar de esto en adelante. Hay en este caso algunas diferencias muy marcadas. Antes de seguir en esta materia, nos resta que hacer una observacion. Cuando los hijos se hacen *sui juris*, porque el jefe de familia ha muerto, ha sido hecho esclavo ó privado de los derechos de ciudad; pero que, por otra parte, han permanecido hasta aquel momento bajo la patria potestad, el quedar libres de dicha potestad no los priva de ninguno de sus derechos de familia; no salen de ella, ni ésta se descompone en muchas; el vínculo de agnacion continúa existiendo entre ellos y los demas individuos que han llegado á ser *sui juris*, y sus hijos actualmente existentes, y aún los que nazcan despues.

IV. *Filius familias si militaverit, vel si senator vel consul factus fuerit, manet in potestate patris; militia enim, vel consularis dignitas, de potestate patris filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas illico, imperilibus codicillis præstitis, filium a patria potestate liberat. Quis enim patiatur patrem quidem posse per emancipationis modum suæ potestatis nexibus filium relaxare, imperatoriam autem celsitudinem non valere eum quem sibi patrem elegit ab aliena eximere potestate?*

4. El hijo de familia que es soldado, senador ó cónsul, permanece bajo la potestad de su padre; pues ni la milicia ni la dignidad consular libra á un hijo de la potestad de su padre. Pero, segun nuestra constitucion, la elevada dignidad de patricio, inmediatamente despues que sean expedidas las patentes imperiales, liberta al hijo de la potestad de su padre. ¿Podria admitirse que por medio de la emancipacion pudiese un padre desprender á un hijo de los vínculos de su potestad, mientras que la posicion sublime del emperador no es bastante para arrancar de una potestad extraña al que él eligió por padre?

Ni la edad, ni las nupcias, ni las dignidades, libertan á un hijo de la patria potestad. Los cónsules y los dictadores mandaban la república; pero en la casa paterna sólo eran hijos de familia y obedecían á sus padres. Sin embargo, los sacerdotes de Júpiter, es decir, los pontífices consagrados especialmente al culto de este dios, y las vestales consagradas á Vesta, salían de la potestad de sus padres, porque se juzgaba que entraban bajo la del dios ó la diosa (1); pero todas estas Instituciones desaparecieron con el paganismo. Justiniano, en el rescripto de que aquí hablan las Instituciones y que se ha inserto en el código (2), atribuye á la dignidad de patricio el privilegio de hacer independiente al hijo que de ella se hallase revestido. Hemos explicado cuál era esta dignidad, creada por Constantino (*Hist. del der.*, p. 308). Posteriormente (año 527 de J. C.) estableció Justiniano en una novela que la dignidad de obispo, de cónsul, y generalmente todas las que libran de la curia, es decir, que eximen á los curiales de sus obligaciones (*Hist. del der.*, p. 293), libertasen también de la patria potestad (3). Entre estas dignidades se contaban todavía la de prefecto del pretorio, ya en la capital, ya en las provincias; la de cuestor del sacro palacio, de maestro de la caballería ó de la infantería (4).—Por un privilegio particular, los hijos que llegaban á ser *sui juris* por las dignidades, aunque hubiesen salido de la patria potestad ántes de la muerte del jefe, no perdían ninguno de sus derechos, y en la familia eran siempre reputados como agnados; cuando el jefe moría, le sucedían como herederos suyos; y sus hijos, si los tenían, volvían bajo su potestad (5).

V. Si ab hostibus captus fuerit pater, quamvis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii: quia hi qui ab hostibus capti sunt, si reversi fuerint, omnia pristina jura recipiunt; idcirco reversus etiam liberos habebit in potestate, quia postliminium fingit eum qui captus est, semper in civi-

5. Si el ascendiente cae en poder de los enemigos, se hace su esclavo, y sin embargo, el estado de los hijos permanece en suspenso á causa del derecho de *postliminium*, porque los prisioneros hechos por el enemigo, si vuelven, recobran todos sus antiguos derechos. Así el ascendiente, si vuelve, tendrá á sus hijos bajo su potestad, consistiendo el efecto del *postliminium* en suponer que el cautivo

(1) Ulp. Reg. T. 10. § 5.—Gay. 1. § 130.—Aul. Gel. 1. 12. Noct. att.

(2) C. 12. 3. 5.

(3) Nov. 81.

(4) C. 10. 31. 66.

(5) Nov. 81. c. 2.

tate fuisse. Si vero ibi decesserit, exinde ex quo captus est pater, filius sui jure fuisse videtur. *Ipse quoque filius*, neposve, si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii quoque potestatis parentis in suspenso esse. Dictum est autem postliminium, a limine et post. Unde eum, qui ab hostibus captus in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus. Nam limina, sicut in domo finem quemdam faciunt, sic et imperii finem limen esse veteres voluerunt. Hinc et limes dictus est, quasi finis quidem et terminus: ab eo postliminium dictum, quia eodem limine revertebatur quo amissus erat. Sed et qui captus victis hostibus recuperatur, *postliminio rediisse* existimatur.

ha permanecido siempre entre sus conciudadanos; pero si muere en la esclavitud se reputa al hijo como si hubiese sido *sui juris* desde el instante en que el padre fué hecho prisionero. Si el hijo ó el nieto son los que caen en poder de los enemigos, es preciso decir igualmente que por derecho de *postliminium* permanece en suspenso la patria potestad. En cuanto á la expresion *postliminium*, proviene de *limes* (suelo) y *post* (después), de donde el individuo aprehendido por el enemigo, y vuelto después á nuestras fronteras, se dice con razon *reversum post liminio* (vuelto después al suelo). En efecto, como el suelo de una casa es una especie de frontera, de la misma manera los antiguos han visto en la frontera de un imperio una especie de suelo, de donde se ha dicho (*limes*) suelo, para decir frontera, límite; y de aquí *postliminium*, porque el cautivo vuelve al mismo suelo que habia perdido. El que es recobrado de los enemigos vencidos se reputa que ha vuelto *postliminio*.

Jus postliminii. El derecho de *postliminium* es muy importante, y tendremos más de una vez ocasion de hablar de él. Era de dos especies: «*Due species postliminii sunt ut aut nos revertamur, aut aliquid recipiamus*» (1). La una se aplicaba á ciertas cosas que habian caído en poder del enemigo, que si se recuperaban, debían ser devueltas á sus amos; tales eran los inmuebles, los esclavos, los caballos, los navíos, y nunca las armas, porque no pueden perderse sino es vergonzosamente (*quod turpiter amittantur*) (2); la otra se aplicaba á las personas libres: de ésta es de la que tratamos aquí. El ciudadano aprehendido por el enemigo era hecho su esclavo, pero en su patria no se le consideraba absolutamente como tal: su estado se hallaba sometido á una condicion verdaderamente suspensiva, la condicion de su regreso. Mientras tanto sus derechos sobre todos sus bienes, sobre sus hijos, sobre sus esclavos, sobre sus peculios, etc., se hallaban en suspenso: «*Omnia jura civitatis in personam ejus in suspenso retinentur, non abrumpun-*

(1) D. 19. 15. 14. f. Pomp.

(2) Ib. fr. 2.

tur» (1). Si por un medio cualquiera saliese de manos del enemigo, la condicion suspensiva se terminaba, y entraba de nuevo en todos sus derechos, salvo algunas ligeras excepciones, no sólo para tiempo futuro, sino para el pasado, como si nunca hubiese estado en poder del enemigo: «*Cetera que in jure sunt posteaquam postliminio redit, pro eo habentur ac si nunquam iste hostium potitus fuisset*» (2). Este beneficio acordado al regreso del cautivo se llamaba *jus postliminii*. Si, al contrario, moría en la cautividad no habiéndose terminado la condicion suspensiva, debía, según el derecho estricto, considerarse como habiendo sido esclavo desde el instante en que había sido aprehendido, y por consiguiente como habiendo perdido todos sus derechos. Sin embargo, veremos en adelante que una ley llamada CORNELIA TESTAMENTARIA, promulgada en tiempo de Sylla (*Hist. del der.*, p. 210), quiso que relativamente á su testamento se hiciese como si hubiese perdido sus derechos, no por la esclavitud, sino por la muerte, lo que era muy importante (3); y esta disposicion se extendió luego generalmente. De suerte que Ulpiano indica los resultados que acabamos de exponer, diciendo que si el cautivo vuelve del poder del enemigo, es considerado como no habiendo salido nunca del número de los ciudadanos (es el *jus postliminii*), y que si no vuelve, se le considera como muerto desde el momento que lo aprehendieron, lo que los comentadores han llamado *ficcion de la ley CORNELIA: Retro creditur in civitate fuisse, qui ab hostibus advenit.*—*In omnibus par-*

(1) D. 28. 5. 32. § 1. f. Gay.—Es de alguna importancia conocer la posición del ciudadano durante su cautividad. Se puede, á mi juicio, resumirse así: 1.º Todo lo que consiste en derecho, ó por mejor decir, en el goce de los derechos (*que in jure consistunt*), está suspendido, y lo recobrá si vuelve. Así los derechos de poder dominical y paternal, las adquisiciones hechas por sus hijos ó por sus esclavos se suspenden (D. 48. 15. 22. §§ 2 y 3. f. Jul.—28. 16. 15. f. P. pin); puede ser instituido heredero, pero la institucion queda en suspenso (D. 28. 5. 32. § 1. f. Gay.); los derechos de tutela que pueda tener quedan en suspenso (Inst. 1. 20. 2.); su sucesion está en suspenso, y aún no se halla deferida, etc. 2.º Se le priva de todo lo que consiste en el ejercicio de los derechos. Así no puede contraer justas nupcias, adoptar, estipular, etc.; así el testamento que hubiese hecho siendo cautivo, sería nulo, aún cuando volviese (Inst. 2. 12. 5.). 3.º Todo lo que consiste en hecho es igualmente perdido para él (*Facti autem causa infecta nulla constitutione fieri possunt*). Si prescinda algo por sí mismo, la usurpacion se interrumpe (D. 49. 15. 12. § 2.); lo mismo si su mujer ha quedado en su patria, pues como no hay reunion de hecho entre ellos, el matrimonio queda disuelto (Ib. § 3.—D. 24. 2. 1. f. Paul.). Si al contrario su mujer se hallase cautiva con él, y tuviesen hijos, la legitimidad de éstos quedaba en suspenso (D. 49. 15. 25. f. Marc.). 4.º Como excepcion, y en virtud de la ley Cornelia, la validez del testamento hecho ántes de la cautividad no se suspende (Inst. 2. 12. 5.).

(2) D. 49. 15. 12. § 6. f. Tryph.

(3) Paul. Sent. 3. 4. § 8.—Inst. 2. 12. 5.

tibus juris is qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur cum captus est» (1).

Estos resultados generales se aplican por las Instituciones á la patria potestad. Mientras que el padre se halla cautivo, el estado de los hijos está en suspenso, porque el *postliminium* puede tener lugar; sin embargo, se les permite en ese intervalo el casarse, aunque no puedan obtener el consentimiento de su padre (2). Si el padre vuelve, recobra su poder como si nunca lo hubiese perdido; si muere en la esclavitud, los hijos son reputados libres desde el dia de su cautividad; y para este efecto, lo que se llama *ficcion de la ley Cornelia* es indiferente, porque, ya que el padre ha perdido sus derechos por la esclavitud, ya que los haya perdido por la muerte, su poder se disuelve igualmente.

Exinde ex quo captus est pater. Gayo nos dice que podia dudarse en su tiempo si los hijos se hacian libres desde el dia de la muerte del padre, ó desde el dia de su cautividad (3). La duda provenia de que los hijos, pues que en el intervalo su estado se había hallado en suspenso, no habían realmente obrado como personas *sui juris*; y la cuestion no carece de importancia, porque si si les consideraba como *sui juris* desde la cautividad, todo lo que habían adquirido desde esta época era para ellos, y no era así si se les consideraba como *sui juris* sólo despues de la muerte de su padre (4). Casi treinta años despues de Gayo, dos jurisconsultos resuelven la cuestion en favor de los hijos: el uno es TRIFONINO (*Hist. del der.*, pág. 270), cuya opinion se encuentra en el Digesto (5); el otro, que es Ulpiano, dice que en todos los lugares del derecho (*in omnibus partibus juris*) el cautivo es reputado muerto desde el dia de su cautiverio. Esta opinion, que parece haberse discutido poco, es la que establecen las Instituciones.

Ipsé quoque filius. Cuando el hijo vuelve del poder del enemigo, el *postliminium* produce doble efecto. Porque hay á la vez, para el padre, recobro de una propiedad que había perdido; para el hijo, reintegracion en todos sus derechos: «*Duplicem in eo cau-*

(1) D. 49. 15. 16. f. Ulp.—Ib. f. 18.

(2) D. 49. 15. 12. § 2.

(3) Gay. 1. § 129.

(4) Teófilo, h. p.

(5) D. 49. 15. 12. § 1.

sam esse oportet postliminii: et quod pater eum reciperet, et ipse jus suum» (1).

Postliminio rediisse. De cualquier manera que se verifique el regreso del cautivo, por fuga, por fuerza, por rescate, poco importa: *Nihil interest quomodo captivus reversus est»* (2). Desde el instante en que llega al territorio del imperio, ó al de un pueblo aliado ó amigo, hay *postliminium* (3).

VI. Præterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quæ per *imaginarias venditiones* et intercedentes manumisiones celebrabatur, vel *ex imperiali rescripto*. Nostra autem providentia etiam hoc in melius per constitutionem reformabit: ut, fictione pristina explosa, recta via ad competentes iudices vel magistratus, parentes intrent; et filios suos, vel filias, vel nepotes vel nepotes, ac deinceps, sua manu dimittant. Et tunc ex edicto prætoris in hujus filii, vel filia, vel nepotis, vel neptis bonis qui quæve a parente manumissus vel manumissa fuerit: eadem jura præstantur parenti, quæ *tribuuntur patrono* in bonis liberti. Et præterea si impubes sit filius, vel filia, vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.

Imaginarias venditiones. El derecho primitivo y la ley de las Doce Tablas no daban al padre el derecho de librar directamente al hijo de la patria potestad. No existía una forma de manumisión para este caso como para el de la servidumbre: fué preciso, pues, buscar medios indirectos para conseguirlo. La ley de las Doce Tablas los suministró.

Cuando un jefe de familia usaba del derecho que tenía de vender sus hijos (*venumdare, mancipare*), trasladando por la venta su propiedad al comprador, no podía por un orden regular tener po-

(1) D. 49. 15. 14. f. Pomp.

(2) D. Ib. f. 26.

(3) D. Ib. f. 19. § 3.

testad sobre el hijo vendido. Sin embargo, la ley de las Doce Tablas decía: «*Si pater filium te venumduvit, filius a patre liber esto»* (*Hist. del der.*, pág. 85). Lo que se explica en este sentido, que si el ciudadano hecho propietario del hijo por la mancipación, lo manumitia, este hijo no se hacía *sui juris*, sino que recaía en poder de su padre, que podía venderlo segunda vez. Si el segundo comprador lo manumitia, aún recaía de nuevo en poder de su padre, que podía venderlo tercera vez; y sólo después de esta tercera venta la patria potestad se concluía enteramente. Como el texto de la ley, en esta disposición absolutamente especial, no hablaba más que del hijo (*filium*), los jurisconsultos no extendieron esta expresión ni á las hijas ni á los nietos; y en cuanto á éstos, perdía el jefe de familia toda su potestad después de una sola venta (1). ¿En qué posición se encontraba el hijo vendido, aún después de acabarse completamente la patria potestad? Sabemos que se hallaba en poder del que lo había comprado por mancipación (*in mancipio*), asimilado en algún modo á un esclavo; pero podía suceder que su señor lo manumitiese, y entonces se encontraba *sui juris*, libre de la patria potestad acabada por las ventas, y libre del *mancipium* extinguido por la manumisión. Sólo el manumitente tenía sobre él derecho de patronato y de sucesión, como veremos en breve hablando de las manumisiones. Véase cómo, según los principios rigurosos de las Doce Tablas, los hijos, después de una ó muchas mancipaciones, seguidas de una ó muchas manumisiones, podían hallarse *sui juris*. Es probable que al principio estas *mancipaciones* fuesen reales; pero en breve vinieron á ser ficticias. Un padre que quería hacer á su hijo *sui juris*, convenía con un amigo de emanciparlo, prometiéndole éste manumitirlo; y estas mancipaciones acabaron por usarse comúnmente de un modo ficticio, y sólo para terminar la patria potestad (2). Se llamó *emancipación* este acto compuesto de *mancipaciones* simuladas y de manumisiones intermedias. Por lo demás, las diferentes mancipaciones podían hacerse, ya á la misma persona, ya á personas diferentes, el mismo día ó con algunos intervalos; pero cuando eran ficticias, se acostumbraba hacerlas consecutivamente y á la misma persona (3). Un solo inconveniente se ofrecía, cual

(1) Gay. 1. § 132.—Ulp. Reg. T. 10. § 1.

(2) Gay. 1. § 118.

(3) Paul. Sent. 2. 25. 2.—Gay. 1. § 132.