

esclavos á sus padres, hijos ó hermanos? Mui bien podia suceder, porque supongamos que el esclavo Estico tuviese de una esclava á Siro y á Dromon; que Siro tuviese á su vez de otra esclava á Dabo, y que despues el señor instituíra heredero á Siro. Entónces Estico, padre de Siro, y Dabo, hijo de Siro, y Dromon, hermano suyo, eran todos esclavos de Siro. El menor pues podia manumitirlos legítimamente por conmiseracion. 2º Algun particular beneficio recibido del esclavo, v. gr. si uno manumitiese á su pedagogo, nodriza ó preceptor. 3º Cualquier particular afecto, v. gr. si uno manumitiese á su alumno, alumna ó á su hermano de leche. 4º Un fin particular, v. gr. el tener al esclavo por procurador, ó el casarse con la esclava. Porque ni el esclavo podia ser procurador, ni el ingenuo podia casarse con la esclava, aunque podia hacerlo con una liberta. Véase el §. 462.

§. CXXII. Justiniano derogó la segunda parte de esta lei en el §. *últ. Inst. h. t.*, donde da razones bastante absurdas para esta derogacion. Así pues por Derecho nuevo pueden manumitir entre vivos los adolescentes, con tal que tengan diez y siete años, y no están obligados á dar las razones, ni á manumitir precisamente por vindicta ni en el consejo. Por testamento pueden manumitir los púberes, esto es, los que han cumplido catorce años de edad, *Nov. 449, c. 2.*

TITULO VII.

LEI FUSIA CANINIA REVOCADA.

§. CXXIII y CXXIV. Hemos dicho arriba (§. 444) que Augusto restringió la libertad de manumitir por dos leyes; la *elia sencia* y la *fusia caninia*. Hasta aquí hemos tratado de la primera en el título VI; síguese ya la otra. Acerca de ella se pregunta, 1º por qué se dió, y cuándo? §. 423 y 424; 2º qué se mandó por ella? §. 425; 3º si está todavía en uso? §. 426.

1º. Se pregunta, por qué, y cuándo se dió? Resp. Porque los romanos moribundos eran escesivamente liberales en manumitir los esclavos. En efecto, 4º los que mueren, aunque avaros, suelen ser liberales; parte por que no necesitan ya de las riquezas, y parte porque tienen envidia muchas veces de que las adquieran los herederos. 2º Entre los romanos habia una causa especial que refiere Dionisio de Halicarnaso en estos términos: *Scio, qui tota servitia testamento libera esse jubent, ut benignitatis laudem post mortem ferrent, et in funeris elatione lecticam eorum magna pileatorum prosequeretur frequentia, in qua pompá quidam erant recens dimissi ex carcere, malefici mille supplicia meriti. Istos impuros urbis pileos plerique cum stomacho adspectant et respuunt eorum consuetudinem, indignum facinus clamitantes, populorum dominum, et usurpantem sibi orbis im-*

perium, talibus contaminari civibus. Como sucediese pues que se contaminaba la ciudad con malos ciudadanos, Augusto coartó esta facultad de manumitir, *Suet. Aug. §. 40*, y lo hizo en el año de 751 por la lei fusia caninia, dada por los cónsules Furio Camilo y Cayo Caninio, de quienes recibió esta lei el nombre de fusia caninia, pues los antiguos decian Fusio en lugar de Furio, Papisius en lugar de Papirius, *L. 2. §. 36. ff. De o. j.*

§º. CXXV. IIº. Sigue el otro punto : qué se mandó por esta lei? Resp. 1º Que no se pudiese manumitir en testamento mas que parte de los esclavos. Y se debía observar esta proporción : desde uno hasta diez esclavos, se podía manumitir la mitad; de once á treinta la tercera parte; de treinta y uno hasta ciento la cuarta parte; de ciento y uno hasta quinientos la quinta parte; y el que tenia mas, no podía manumitir sino ciento. 2º Que si manumitia muchos, solamente eran libres los primeros, los demas permanecian en la esclavitud.; v. gr. uno tenia cinco esclavos, y manumitia á Siro, Dabo, Estico, Dromon : los dos primeros eran libres, porque solamente podía por esta lei ser manumitida la mitad; Estico y Dromon permanecian esclavos. Como los señores supieran esto, solian en el testamento escribir los nombres en un círculo, para que no se pudiera saber quién era el primero, el segundo ni el último. Pero Augusto lo precavió, mandando, 3º que entónces ninguno consiguiese la libertad, sino que todos permaneciesen esclavos.

§. CXXVI. IIIº. Á la última pregunta responderemos en pocas palabras, que ningun uso tiene hoy dia esta lei, por haberla quitado Justiniano como envidiosa é inhumana, §. *un. Inst. h. t.*, no obstante que era utilísima á la república. De paso debe notarse que por decir Justiniano de esta lei, que es en cierto modo envidiosa, Acursio soñó en la glosa, que recibia su nombre de la palabra *canis* (perro). *Nam canis servat naturam, dice, qui stat in paleá, qui nec sibi potest habere paleam, nec alii permittit accipere; sic nec sibi poterat tenere servos, quod moriebatur, nec libertatem patiebatur dare. Unde merito caninia dicitur, ut sit consequens nomen rei.* Graciosamente por cierto! (1)

(1) En el dia no se reconoce en España la servidumbre, y por consiguiente poco ó ningun uso tienen las leyes antiguas que tratan de esta materia, y que fueron hechas en tiempo de la dominacion mahometana, cuando por efecto de las continuadas guerras entre cristianos é infieles, era grande el número de esclavos que se hacia.—Aunque la diferencia que respecto de los hombres libres establecian los romanos entre los ingenuos y libertinos, no tenga uso en España, reconocemos otras divisiones, como el que unos son eclesiásticos, otros seglares ó legos. De los eclesiásticos los unos son regulares, que han profesado en alguna religion aprobada; y los otros seculares, que viven entre los legos sin estar ligados á ninguna religion por los tres votos. Ademas unas personas son nobles, otras plebeyas, unos son vecinos y otros transeuntes etc. etc. Y estas personas, segun la clase ó categoría á que pertenecen, gozan de mui distintos derechos. Por lo que acabamos de manifestar se conocerá, que en España no tienen aplicacion alguna las doctrinas de los títulos IV, V, VI, VII y VIII.

TÍTULO VIII.

DE LOS QUE SON DUEÑOS DE SÍ MISMOS (*sui juris*), Y
DE LOS QUE ESTÁN SUJETOS Á POTESTAD AJENA
(*alieni juris*).

§. CXXVII y CXXVIII. Hemos concluído la primera division de las personas, segun la cual unos hombres son libres, otros esclavos, y los libres, ingenuos ó libertinos; de todos los cuales hemos tratado estensamente desde el título III hasta el VI. Síguese ya la otra division de los hombres. Unos son dueños de sí mismos (*sui juris*), y otros sujetos á potestad ajena (*alieni juris*). Pudiera alguno pensar que esta division coincide con la primera, y creer que los hombres libres son los que se llaman *sui juris*, y los esclavos *alieni juris*. Pero esta division es mui diversa de la de arriba, porque los hijos é hijas de familia están sujetos á potestad ajena, y sin embargo no son esclavos, sino personas libres. Ante todas cosas pues se deben definir las personas *sui juris*, y las *alieni juris*. *Sui juris* ó dueños de sí mismos son aquellos que no están sujetos ni á la potestad señorial ni á la patria, y estos se llaman *padres de familia*, de cualquier edad que sean, v. gr. el infante que llora todavía en la cuna, es padre de familia, si no tiene padre ni señor. Por el contrario *alieni juris*, ó sujetos á potestad ajena, son todos aquellos que están en la patria

potestad (y estos se llaman *hijos ó hijas de familia*), ó en la señorial (que se llaman *esclavos y esclavas*). En este título se trata de la potestad señorial, y en el siguiente de la patria.

§. CXXIX. De la *potestad señorial* se debe saber, 1º cuál es su fundamento? §. 129; 2º en qué consista? §. 130; 3º si recibió alguna variacion? §. 131.

1º. El fundamento de la potestad señorial es el estado de los esclavos. Como estos no son personas sino cosas, y las cosas están en el dominio, el esclavo está en el dominio de su dueño de igual modo que el buei, el caballo ó un jumento, de los cuales se diferenciaban poco los esclavos por Derecho romano, como hemos dicho arriba en el §. 77 y 80. De este principio nace la regla: *los mismos derechos que competen al señor en su cosa, le competen en el esclavo*.

§. CXXX. IIº. De este axioma se derivan todos los derechos de los señores respecto de los esclavos. 1º Porque al señor competia antiguamente el derecho de vida y muerte en los esclavos; pues así como el señor puede matar á su caballo, de la misma manera podia matar á su esclavo, §. 4. *Inst. h. t.* La historia romana nos trae muchos ejemplos de esclavos ahorcados, crucificados, precipitados de las rocas y arrojados á las piscinas. Véase á *Séneca, De ira, l. 3. c. 40. De clementia, c. 48. Plinio, Hist. n. l. 9. c. 24.* 2º Los esclavos eran objetos de comercio, de manera que podian ser vendidos, y por cualquier título trasferidos á otro, del mismo modo que un buei, un caballo etc. 3º Todo lo

que adquirian los esclavos, lo adquirian para sus señores, y era de estos igualmente que lo que adquirian los bueyes, caballos etc., pues aunque los esclavos tenían peculio, que los miserables adquirian á costa de mil privaciones, podian no obstante los señores arrebatárselo á su antojo; por lo cual Terencio, *Phorm. act.* 4. *scen.* 4. 9. dice :

*Quod ille unciatim vix de demenso suo,
Sum defraudans genium, comparsit miser,
Id illa (hera) universum abripiet, haud existumans
Quanto labore partum.*

§. CXXXI. IIIº. Pero en esto hubo despues variacion, porque las leyes romanas quitaron el derecho de vida y muerte, del cual abusaban cruelmente los señores. Bien conocido es el ejemplo de Polion, que mandó arrojar á la piscina á un esclavo por haber roto un vaso de cristal, *Séneca, l. c.* Así que por Derecho nuevo son reos de homicidio los que matan á su esclavo, §. 2. *Inst. h. t.*, y solamente se dejó á los señores el derecho de castigarlos, *L. un. C. De emend. serv.*; y aún se imponia pena estraordinaria á los que abusaban de este derecho de castigar, como lo demuestra el notable ejemplo de la matrona Umbricia, relegada por Adriano por cinco años, porque trataba cruelísimamente á las esclavas por la mas leves causas, *L. 2. §. ult. ff. De statu hom.* Antonino Pio mandó se vendiesen, y que el dinero se entregase al señor, para que no fuesen tratados segunda vez tan atrozmente los esclavos de Ju-

lio Sabino, que, castigados inhumanamente por su dueño, se habian refugiado á la estatua del príncipe, como á un asilo, §. 2. *Inst. h. t.*

§. CXXXII. [La doctrina de este párrafo no está en uso.]

TÍTULO IX.

DE LA PATRIA POTESTAD.

§. CXXXIII y CXXXIV. Hemos hablado de la potestad señorial. Pero como los hijos son tambien personas sujetas á potestad ajena, por eso se trata aquí de la patria potestad. Ante todas cosas se debe observar que la patria potestad es, ó *de Derecho de gentes*, ó *de Derecho romano* (1). 4º Aquella es commun á todos los hombres; esta es tan propia de los romanos, que Justiniano escribia : *Nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos*

(1) En España la patria potestad de Derecho civil se diferencia poco de la que concede el Derecho de gentes. Esta es comun al padre y á la madre, sean legítimos ó ilegítimos los hijos, y no viene á ser mas que las obligaciones que la recta razon ha impuesto á todos aquellos que han dado el ser á otro, *L. 5. tit. 19. Part. 4.* Aquella compete al padre, *L. 2. tit. 17. Part. 4.*, así porque es la cabeza de la familia, como porque supone el Derecho, que es el que ha trabajado mas en lo formal de la educacion de sus hijos, y el que con su actividad los ha puesto en estado de producir utilidad, *L. 3. al fin, tit. 20. Part. 2.* Véanse las *Inst. de Alvarez, tit. 9. del lib. 1.*

habemus. §. 2. *Inst. h. t.* 2º La potestad del Derecho de gentes es comun á padre y madre: la potestad del Derecho romano compete solamente al padre, no á la madre, en cuya potestad no están los hijos. 3º La potestad del Derecho de gentes permite á los padres solamente aquellas cosas que son necesarias para educar los hijos, v. gr. que puedan dirigir sus acciones, castigarlos etc.; mas el Derecho romano daba á los padres varones la misma potestad en los hijos, que daba á los señores en los esclavos. 4º Finalmente la patria potestad del Derecho de gentes espira cuando los hijos se establecen á parte de sus padres; y la patria potestad romana no se concluía mas que por la muerte, ó si el padre emancipaba á los hijos. Se ve pues la gran diferencia que média entre una y otra potestad. Nosotros trataremos de la patria potestad romana, y espondremos, 1º su fundamento, §. 435 hasta el 437; 2º los efectos, §. 438 y 439; 3º las variaciones, §. 440 al 443; 4º los modos de adquirir la patria potestad, §. 444.

§. CXXXV, CXXXVI y CXXXVII. Iº. El *fundamento* de la patria potestad romana es el *dominio quiritario*, esto es, aquel dominio que no competia á otros que á los quirites, esto es, á los ciudadanos romanos, §. 2. *Inst. De jur. nat. gent. et civili.* Se debe observar 1º que los hijos no fueron personas respecto del padre, sino cosas. Los esclavos respecto de ningun hombre eran personas: los hijos eran personas respecto de todos los otros hombres, ménos respecto del padre. 2º Y como respecto de este fuesen cosas, no personas, estaban en

el dominio del padre; y por eso podian ser vindicados lo mismo que cualesquier otras cosas, *L. 1. §. 2. ff. De rei vindic.*; ser hurtados é instituirse por ellos la accion de hurto, *L. 44. §. 43. y L. 38. §. 4. ff. De furt.* Finalmente los hijos, como cosas, podian ser emancipados ó vendidos con rito solemne. Por cuya razon el ilustre *Corn. van Bynkershoeck* enseñó el primero en el tratado *De jure occidenti liberis*, c. 4. p. 145. *Patriam potestatem romanam nihil fuisse aliud quam dominium juris quiritorium vel quiritorium.* 3º De aquí nace el axioma, que los padres usaban en los hijos por Derecho romano la misma potestad que los señores usaban en los esclavos y en las otras cosas suyas. Y aún era mas dura la condicion de los hijos que la de los esclavos, en cuanto estos no podian ser vendidos mas que una vez, y manumitidos una vez, se hacian libres; miéntras los hijos podian ser vendidos tres vezes por el padre, y manumitidos dos vezes, volvia no obstante á la patria potestad. Este es el fundamento de la patria potestad romana; y este el principal axioma, del cual se derivan todos los efectos de la patria potestad.

§. CXXXVIII. IIº. Estos efectos son de dos géneros; los unos se derivan del dominio quiritario, de los cuales se trata en el §. 437; y los otros de que los hijos é hijas no son personas respecto del padre; de lo que se hablará en el §. 439. Los efectos de la patria potestad que se derivan del dominio quiritario, son estos, 1º que el padre tiene en los hijos derecho de vida y muerte,

L. 44. ff. De lib. et posth., Dion. Halic. l. 44. p. 96. Pero no se debe entender esto de una absoluta licencia de matar (pues esto mas bien que tener derecho *de vida y muerte*, seria una *injusticia*), sino del derecho y facultad con que el padre, como juez doméstico, puede imponer á los hijos la pena capital por delito cometido, sin estar obligado á acudir al magistrado. De este modo castigaron los padres á C. Casio, *Val. Max. l. 5. c. 8.*, á Eseauro, *V. Max. ib. §. 2.* y á Fulvio, *Sall. De bello catil. c. 39.* 2° Que se permitia al padre vender tres veces á los hijos, por manera que vendidos dos veces, y manumitidos otras tantas por el comprador, volvian sin embargo á la patria potestad, y no salian de ella, á no ser por la tercera manumision, *Dion. Halicarn. l. 44. p. 97.* 3° Que el hijo podia ser dado *noxæ*, §. 7. *Inst. De nox. act.* Esta frase *noxæ dare* significaba entregar, para satisfaccion del dañado, al esclavo ó hijo que habia cometido un delito privado, como hurto, rapiña, daño, injuria. Los padres estaban obligados, ó á pagar la multa por los hijos delincuentes, ó si no querian, podian poner al hijo bajo la esclavitud del que habia recibido el daño, ó entregarle á este para que tomara satisfaccion. 4° Que todo lo que adquirian, igualmente que los esclavos, lo adquirian antiguamente para el padre, como esplicaremos de propósito en el *lib. II. tit. 9.* Que esta potestad se estendia á los nietos y biznietos de los hijos varones (1); pues siendo así que

(1) En España los nietos no están bajo la potestad del abue-

de quien es la cosa, del mismo es su accesion (por la cual los hijos de los esclavos están bajo la potestad señorial), los hijos de los hijos están en la misma potestad en que se hallan estos constituídos.

NOTA. Esto es cierto respecto de los nietos de hijos, pues las hijas pasan por el casamiento á otra familia; y de aquí es que los hijos nacidos de ellas no están en la potestad del abuelo materno, sino en la de su padre, ó en la del abuelo paterno, si vive todavía.

§. CXXXIX. Siguen los efectos que nacen de que los hijos respecto del padre no sean personas, sino cosas. De este principio se sigue 1° que el padre y el hijo sean tenidos en los negocios privados por una sola persona, *L. ult. C. De pupill. et al. subst.* Por eso el padre hacia todas las cosas en lugar del hijo, y el hijo podia estipular para el padre, mas no para sí mismo. Pero esto solamente se debe entender de los negocios privados, pues *en los públicos* el hijo de familia era tenido por padre de familia; y así el hijo podia ser tutor, cónsul, pretor, *L. 9. ff. De his, qui sui vel etc.* 2° Que no habia ninguna accion entre el padre é hijo de familia, ninguna obligacion, ningun litigio, ningun contrato; pues nadie puede contratar ó litigar consigo mismo,

lo, por cuanto los hijos salen del poder de sus padres por medio del matrimonio; y no estando el hijo en poder de su padre, tampoco pueden estarlo los que descienden del mismo hijo; mas para que la emancipacion de los hijos se verifique por el matrimonio, son necesarias las relaciones. Véase la *L. 3. tit. 5. lib. 10. de la N. R.*

L. 4. ff. De judic. L. 6. Inst. De inutil. stipul.
 3º Que el padre podia dar á sus hijos tutor en el testamento, §. 3. *Inst. De tutor.*; pues estando los hijos en el dominio del padre (§. 136.), y pudiendo el señor testar libremente de sus cosas, el padre podia tambien testar acerca de sus hijos impúberes, que debian ser regidos despues de su muerte por los tutores nombrados. De cuyo principio se infiere tambien, 4º que los padres pueden sustituir pupilarmente á sus hijos, esto es, disponer así en el testamento: mi hijo sea heredero, y si llega á morir dentro de la pubertad, sea Mevio heredero de él, *pr. Inst. De pup. subst.* 5º Que no pueden ni casarse, ni recibir préstamos, ni hacer ninguna otra cosa de importancia sin el consentimiento del padre.

§. CXL. IIIº. Sin embargo esta patria potestad romana sufrió varias mudanzas, 1º acerca del derecho de vida y muerte, §. 140; 2º acerca de la venta de los hijos, §. 141; 3º acerca de lo adquirido por los hijos, §. 142; y 4º acerca de la entrega del hijo para satisfacer al dañado, §. 143.

1º Es de notar la primera variacion respecto del derecho de vida y muerte, pues (a) ya no puede el padre matar á los hijos, sino castigarlos moderadamente, *L. 3. C. De patr. potest. L. un. C. De emend. serv.* (b) Ya no castiga el mismo padre á sus hijos reos de un crimen, sino el juez, á quien el padre puede prescribir la sentencia que debe ejecutar el juez, *L. 3. C. De patr. potest.* De aquí es que, aún cuando antiguamente no podia el padre cometer parricidio con los hijos (*Véase*

L. 4. ff. ad L. pomp. De parric.), hoy dia deberia ser castigado como parricida, si matase al hijo ó hija. Es muy prudente la razon de esta mudanza, pues ó el padre es indulgente, ó cruel, ó varon justo. Si indulgente, perdonará con facilidad al hijo, aunque sea muy malvado: si cruel, fácilmente abusará de su derecho en el hijo, aunque sea inocente; y finalmente, si es varon justo, ejercerá con sumo dolor la justicia contra sus hijos. Es conocido el ejemplo de Dracon, legislador ateniense, que habiendo dado una lei, por la cual mandaba sacar los ojos al adúltero, convencido su hijo de este delito, rogó que le sacaran á él uno, y otro á su hijo. Por eso es mas acertado que se ejerza este derecho por el magistrado, que por el padre.

§. CXLII. 2º La otra novedad se hizo acerca del derecho de vender los hijos. Porque por la notable lei de Constantino el Grande, *L. 36. C. De patr. qui fil. distr.*, (a) no puede el padre ejercer siempre este derecho, sino sobreviniendo una estremada pobreza, y cuando no puede alimentar á sí y á su hijo. (b) No puede el padre enajenar á cualquier hijo, sino solamente al recién nacido. Pregunto, por qué solamente al recién nacido? — Porque apenas era probable que hallase comprador. ¿Quién iria á comprar un esclavo, para quien era necesaria una nodriza, y que ningun trabajo podia prestar en muchos años?

§. CXLIII. 3º La tercer variacion pertenece á lo adquirido por los hijos; pues el padre no adquiere hoy todas las cosas que tiene el hijo, sino que hai gran di-

ferencia entre los peculios; de la cual hablaremos de propósito en el libro II, título IX.

§. CXLIII. 4º En cuarto lugar, un hijo no puede ser entregado hoy día para satisfacer al que ha sufrido un daño, §. 7. *Institut. h. t.* 5º Raras veces compete hoy al abuelo la potestad sobre los nietos en vida del padre, porque actualmente son muy pocos los hijos que se casan no pudiendo mantener á los suyos; si pueden mantenerlos, y separan la administracion de sus cosas, entónces salen tácitamente la mayor parte de las veces de la patria potestad. (Véase el §. 499). Los demás efectos del derecho de la patria potestad aún están en observancia.

§. CXLIV. IVº. Resta hablar de los modos de adquirir la patria potestad; en cuyo punto hai grande analogía entre los esclavos y los hijos, quienes por Derecho romano se diferenciaban muy poco de los esclavos, segun dijimos en el §. 437. Así como los esclavos, ó nacen, ó son hechos esclavos, §. 84, del mismo modo los hijos, ó nacen, ó se hacen tales. *Nacen* de legítimas nupcias; porque debe observarse esta regla: *padre es aquel á quien demuestran por tal las nupcias legítimas*; con tal que haya nacido el hijo en tiempo legítimo, á saber, á los siete meses de haberse casado el padre, *L. 6. ff. De his, qui sui vel etc.*, ó al décimo de su muerte, *L. 3. §. pen. ff. De suis et legit. hered. Se hacen* por la *adopcion* ó por la *legitimacion*. Siendo pues tres los modos de adquirir la patria potestad, *nupcias, legitimacion y adopcion*, se trata de las nupcias en el

título X, de la legitimacion en el mismo, y de la adopcion en el título XI (1).

CAPÍTULO X.

DE LAS NUPCIAS.

§. CXLV. Las nupcias son *el primer modo de adquirir la patria potestad*; por lo cual se trata de ellas en este título X. Se deberá aquí observar ante todas cosas, que se diferencian sobremanera los derechos en razon de las nupcias, pues unas son legítimas por Derecho natural y de gentes, otras por Derecho canónico, otras por

(1) Los mismos modos se reconocen en España por la *L. 4. tit. 17. Part. 4. Arg. de las LL. 1 y 2. tit. 17. Part. 4.* y la *L. 4. del mismo tit. y Part.* Estas leyes cuentan además entre los modos de adquirir la patria potestad, la ingratitud grave del hijo emancipado, y la sentencia dada en el pleito en que se disputare sobre si uno es padre y otro hijo.

En la actualidad las obligaciones del padre de familia en España, han quedado reducidas á alimentar y educar á los hijos, y á tener que instituirlos herederos, no habiendo justa causa de desheredacion; y los derechos consisten en adquirir por ciertos títulos por medio de sus hijos, darles el consentimiento para contraer matrimonio, si son menores de 25 años los varones, ó de 23 las hembras, y para que comparezcan en juicio, nombrarles tutor, sustituirles pupilarmente, sucederles abintestato, cuando no dejan descendientes, ser en el mismo caso herederos forzosos de las dos, terceras partes de la herencia, desheredarlos, cuando hai justa causa, y mejorar en tercio ó quinto á los descendientes que elijan.