

*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 manumision 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 podia 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 decia: «*Si pater filium te venumdui, 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 mancipacion, lo manumitia, este hijo no se hacia *sui juris*, sino que recaía en poder de su padre, que podia venderlo segunda vez. Si el segundo comprador lo manumitia, aún recaía de nuevo en poder de su padre, que podia venderlo tercera vez; y sólo despues de esta tercera venta la patria potestad se concluía enteramente. Como el texto de la ley, en esta disposicion absolutamente especial, no hablaba más que del hijo (*filium*), los jurisconsultos no extendieron esta expresion ni á las hijas ni á los nietos; y en cuanto á éstos, perdía el jefe de familia toda su potestad despues de una sola venta (1). ¿En qué posicion se encontraba el hijo vendido, aún despues de acabarse completamente la patria potestad? Sabemos que se hallaba en poder del que lo habia comprado por mancipacion (*in mancipio*), asimilado en algun modo á un esclavo; pero podia 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 manumision. Sólo el manumitente tenía sobre él derecho de patronato y de sucesion, como veremos en breve hablando de las manumisiones. Véase cómo, segun los principios rigurosos de las Doce Tablas, los hijos, despues de una ó muchas mancipaciones, seguidas de una ó muchas manumisiones, podian hallarse *sui juris*. Es probable que al principio estas *mancipaciones* fuesen reales; pero en breve vinieron á ser ficticias. Un padre que queria hacer á su hijo *sui juris*, convenia con un amigo de emanciparlo, prometiéndole éste manumitirlo; y estas mancipaciones acabaron por usarse comunmente de un modo ficticio, y sólo para terminar la patria potestad (2). Se llamó *emancipacion* este acto compuesto de *mancipaciones* simuladas y de manumisiones intermedias. Por lo demas, las diferentes mancipaciones podian hacerse, ya á la misma persona, ya á personas diferentes, el mismo dia ó con algunos intervalos; pero cuando eran ficticias, se acostumbraba hacerlas consecutivamente y á la misma persona (3). Un solo inconveniente se ofrecia, cual

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

(2) Gay. 1. § 118.

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

era el que resultaba de que el que hacía la adquisicion ficticia conservase sobre el hijo en cualidad de manumisor (*manumissor extraneus*), derechos de patronato, de tutela y de sucesion. Para remediar esto, hacía el padre comunmente la mancipacion con la cláusula de fiducia (*contracta fiducia*), que en el sentido más estricto era una cláusula que se usaba á veces, por la cual, mancipando una cosa, se obligaba al que la adquiria á devolverla en un caso determinado. Aquí el padre obligaba á aquel á quien transferia la propiedad de su hijo, á devolvérsela: «*Ea lege mancipio dedit ut sibi remancipetur*» (1), y entónces tenía á su hijo, no *in patria potestate*, pues que esta potestad habia acabado por las ventas, sino *in mancipio*; en esta posicion podia él mismo manumitirlo y adquirir los derechos de tutela y de sucesion.—El nombre de cláusula de fiducia, tomado en su mayor extension, puede tambien aplicarse á la cláusula por la que el padre obligaba al que hacía la adquisicion, no á remanciparle su hijo, sino á manumitirlo. Si el padre no ponía una de estas cláusulas, al ménos ponía la otra.

*Ex imperiali rescripto.* Es un modo de emancipacion introducido por Anastasio, que por esto los comentadores han llamado *emancipacion Anastasia*. Consistia en obtener un rescripto del emperador que autorizase la emancipacion, y hacer llegar este rescripto á un magistrado, en cuyas manos era depositado (2).

*Que tribuuntur patrono.* Sustituyendo Justiniano la antigua forma de emancipacion y la que habia introducido Anastasio con una forma mucho más sencilla, quiso, sin embargo, conservar á este acto todos los efectos que tenía en otro tiempo, áun cuando la mancipacion era hecha *contracta fiducia* (3). Véase por qué concede al ascendiente que mancipa todos los derechos de patrono.

VII. Admonendi autem sumus, *liberum arbitrium esse* ei qui filium et ex eo nepotem vel neptem, in potestate habebit, filium quidem potestate dimittere, nepotem vero vel neptem retinere; et e converso filium quidem in potestate retinere, nepotem vero vel neptem manumit-

7. Debemos advertir que el que tiene bajo su potestad un hijo, y de este hijo un nieto ó una nieta, es libre de emancipar al hijo, reteniendo al nieto ó á la nieta, y reciprocamente, retener al hijo emancipando al nieto ó á la nieta, ó bien de hacerlos á todos *sui juris*. Y esto

(1) Gay. 1. § 140.

(2) C. 8. 49. 5.

(3) Inst. 3. 2. 8.

tere, vel omnes sui juris efficere. Eadem et de pronepote et pronepte dicta esse intelligantur. mismo juzgamos decirlo tambien respecto de los biznietos.

*Liberum arbitrium esse.* Este principio ya ha sido establecido.—La emancipacion podia hacerse en un niño de cualquiera edad, y aunque fuese impúbero, porque tenía por objeto sacarlo del poder paterno, pero no darle la facultad de gobernarse solo.—No podia nunca tener lugar contra la voluntad del niño. Paulo dice terminantemente: «*Filius familias emancipari invitus non cogitur*» (1). Esta regla se halla tambien en una novela como reconocida incuestionablemente (2). Sin embargo, se aplicaba aquí lo que hemos dicho respecto de la adopcion; bastaba sólo que el niño no se opusiese.

Los efectos de la emancipacion eran hacer al hijo *sui juris*; bajo este aspecto le era ventajosa, pero bajo otros podia serle perjudicial; porque salido el hijo de su familia, todos sus vínculos de agnacion quedaban rotos, sus hijos, si los tenía, no estaban bajo su potestad, ni podian ya hallarse en ella, á ménos que no consintiese el jefe en dárselos en adopcion; segun el rigor estricto de las leyes, perdía sus derechos de sucesion respecto de los demas individuos de la familia: verémos en adelante cómo estos diversos resultados se templaron por los pretores, por las constituciones imperiales y por Justiniano.

La emancipacion no era irrevocable. Podia revocarse cuando el hijo emancipado se hiciese culpable por malos tratamientos ó injurias contra su padre. Por esta revocacion volvía á ser llamado bajo la patria potestad (3).

VIII. Sed et si pater filium, quem in potestate habet, avo vel proavo naturali, secundum nostras constitutiones super his habitas, in adoptionem dederit: id est, si hoc ipsum actis intervenientibus apud competentem judicem manifestaverit, præsente eo qui adoptatur, et non contradicente, nec non eo præsente qui adoptat, solvitur quidem jus potestatis patris naturalis; transit autem in hujusmodi paren-

8. Mas si el padre da su hijo á un abuelo ó bisabuelo natural, conforme á nuestras constituciones, es decir, declarándolo en un acto ante el magistrado competente, en presencia y sin oposicion del adoptado, como tambien en presencia del adoptante, la patria potestad se extingue en la persona del padre natural, y pasa al padre adoptivo, para

(1) Paul. Sent. 2. 25. § 5.

(2) Nov. 89. c. 11. pr.

(3) C. 8. 50.

tem adoptivum, in cuius persona et adoptionem, esse plenissimam antea diximus.      quien la adopcion, como hemos dicho más arriba, es plenísima.

Todo esto nos es ya conocido por lo que hemos dicho sobre la adopcion. En este caso la patria potestad se extingue; pero el hijo no se hace *sui juris*, pues no hace más que cambiar de jefe; y en esto esta forma de disolucion del poder paterno se diferencia de las que hemos examinado hasta ahora.—Se puede, bajo este último aspecto, asimilar á este caso aquel en que un jefe de familia se da en adrogacion: su patria potestad se disuelve, pero sus hijos siguen bajo el poder de un nuevo padre de familia.

IX. Illud autem scire oportet, quod si nurus tua ex filia tua conceperit, et filium postea emancipaveris, vel in adoptionem dederis, pragnante nuru tua: nihilominus quod ex ea nascitur in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati vel avi adoptivi potestati subicitur.

9. Conviene saber que si hallándose tu nuera encinta de tu hijo, has emancipado tú á este último, ó los has dado tú en adopcion, el hijo que ella da á luz nace siempre bajo tu potestad. Mas si ha sido concebido despues de la emancipacion ó despues de la adopcion, se halla en poder de su padre emancipado ó de su abuelo adoptivo.

Cuando un hijo casado en justas nupcias era emancipado ó dado en adopcion, su mujer lo seguía siempre, ya sea que estuviese *in manu*, ya que no estuviese, y esto porque el matrimonio es una union indivisible. En cuanto á los hijos, los ya nacidos ó concebidos permanecían en poder del jefe. Añadimos los hijos concebidos, porque sabemos que en el matrimonio legítimo los hijos siguen la condicion del padre, entendida en el momento de la concepcion.—En otro tiempo, cuando los hijos eran emancipados por *mancipaciones*, como podia haber intervalos de tiempo en estas *mancipaciones*, y un hijo haber sido concebido durante estos intervalos, se distinguía si habian sido concebidos ántes de la última *mancipacion*, y por consiguiente sin que se acabase la potestad del jefe, nacían bajo esta potestad, ó si habian sido concebidos despues, en cuyo caso no se hallaban sometidos á dicha potestad (1).

X. Et quidem neque naturales liberi, neque adoptivi, *ullo pene modo* possunt cogere parentes de potestate sua eos dimittere.

10. Y por lo demas, ni los hijos naturales ni los adoptivos tienen casi ningun modo para poder obligar á sus ascendientes á emanciparlos.

(1) Gay. 1. § 135.

*Ullo pene modo*. Los casos en que un padre podia ser obligado á emancipar á sus hijos eran éstos: si habia prostituido á sus hijas (*qui suis filiabus peccandi necessitatem imponunt*) (1); expuesto á sus hijos (2); contraído un matrimonio incestuoso (3); y en fin, se puede añadir á éstos el caso en que aquel que hubiese sido adoptado cuando él era impúbero, llegado á la pubertad hiciese disolver por la emancipacion la adopcion que probaba serle desventajosa.

#### CÓMO SE DISOLVIAN EL PODER MARITAL (*manus*) Y EL *mancipium*.

Parece que el poder marital (*manus*) podia disolverse aún durante el matrimonio. ¿Cuál era la forma de disolucion? El manuscrito de Gayo se hallaba demasiado alterado en este pasaje para que pudiese ser leído íntegramente. Esta forma era probablemente la emancipacion, porque la mujer *in manu* era asimilada en cierto modo á una hija (4). Este poder se acababa, aún contra la voluntad del marido, cuando la mujer le enviaba el repudio y se divorciaba. Siendo consideradas como esclavas las personas sometidas al *mancipium*, se hacían *sui juris* cuando eran manumitidas por vindicta, por censo ó por testamento; pero las limitaciones establecidas por las leyes *Ælia Sentia* y *Furia Caninia* no se aplicaban á aquellas manumisiones. Además, en el tiempo en que el *mancipium* habia llegado á ser comunmente ficticio, teniendo por objeto hacer á un hijo independiente, la voluntad del señor no podia impedir que el hijo que se le hubiese dado *in mancipio* no fuese inscrito en el censo como libre y *sui juris*, á ménos que la *mancipacion* no hubiese sido formalmente hecha por causa noxal (5).—El que era hecho libre por manumision del *mancipium*, no era libertino, sino ingenuo, pues habia nacido libre y nunca habia sido esclavo; sin embargo, de la misma manera que era asimilado á un esclavo (*servorum loco habetur*), el que manumitia (*manumie-*

(1) C. 11. 40. 6.—1. 4. 12.

(2) C. 8. 52. 2.—Nov. 132. c. 1.

(3) Nov. 12. c. 2.

(4) Gay. 1. § 136.—Véase, como poniendo este punto fuera de duda, Ulp. Reg. 11. § 5.—Gay. 1. § 166.

(5) Gay. 1. § 138 y sig.

*extraneus*) era asimilado bajo muchos aspectos á un patrono (*per similitudinem patroni*), y como tal tenía derechos de sucesion (1), lo que, como veremos más adelante, fué corregido por el pretor (2); y derechos de tutela : en este caso Ulpiano y Gayo le llaman *tutor fiduciarius* (3). En cuanto á la cuestion de saber si los hijos del hombre sometido al *mancipium* lo seguian despues de su manumision, ó quedaban en poder del señor, Labeon la decidia por el señor; pero Gayo juzgaba que los hijos debian ser *sui juris*, si el padre moria *in mancipio*, y quedar sometidos al poder paterno, si el padre era manumitido (4). Esta diferencia de dictámenes podia proceder de que el *mancipium* era frecuentemente real en tiempo de Labeon, y casi siempre ficticio en tiempo de Gayo.

#### ACCIONES RELATIVAS Á LOS DERECHOS DE FAMILIA.

Entre estas acciones sólo indicaremos aquí las más importantes.

Relativamente á la paternidad ó á la patria potestad: 1.º La accion de *partu agnoscendo* se daba, ya durante el matrimonio, ya despues del divorcio, á la mujer contra el marido, á fin de que éste reconociese y educase como á su hijo legítimo al niño que acababa ella de dar á luz. Para asegurar más sus derechos, podia la mujer, cuando conocia que se hallaba embarazada y en los treinta dias que seguian al divorcio, anunciar su preñez al marido; éste tenía el derecho de enviar á justificar dicha preñez y ponerla centinelas para impedir un parto supuesto (*custodes mittere*); tambien podia disputar si el hijo habia sido concebido por obra suya.—2.º Se daban igualmente acciones al padre contra un hijo, ya para hacer reconocer que era su padre, ya para hacer reconocer que no lo era; y al hijo contra un padre, ya para hacer reconocer que era su hijo, ya para hacer reconocer que no lo era (5). Ninguna de estas acciones era admitida cuando se trataba de hijos, *vulgo concepti* (6).—Otras acciones podian tener lugar relativa-

(1) Véase un fragmento de las Inst. de Ulp., lib. II, tit. *De successioibus ab intestatis*, § 5.

(2) Inst. 3. 9. 3.

(3) Ulp. Reg. T. 11. § 5.—Gay. 1. § 166.

(4) Gay. 1. § 135.

(5) D. 25. T. 3 y sig.

(6) D. 25. 3. 5. § 4. f. Ulp.

mente, no á la paternidad, sino á la patria potestad, obrando el padre para hacer reconocer que su hijo se hallaba bajo su potestad ó no; ó bien obrando el hijo para hacer reconocer que era *sui juris* ó no.—Todas estas acciones estaban en la clase de las que se llamaban *prejudiciales*; cualidad propia de ciertas acciones, que explicaremos en adelante (1).—Bajo otro aspecto, cuando un padre queria reclamar su hijo de un extranjero, lo hacia antiguamente por una *vindicatio*, como cosa que le pertenecia; pero el pretor le dió forma especial de obrar (2).

Relativamente el *mancipium*, debia tener acciones análogas á las que existian respecto de los esclavos ó manumitidos, pero no encontramos nada que especialmente se refiera á este objeto en los fragmentos de los autores antiguos, y en tiempo de Justiniano toda esta parte habia completamente desaparecido.

No hablaremos de las acciones relativas á los bienes, como la que despues de la disolucion del matrimonio se daba á la mujer ó á sus herederos para obtener la restitucion de la dote (*rei uxoriae actio*): cuando especialmente tratemos de las acciones, las explicaremos circunstanciadamente. Nada diremos tampoco de las acusaciones criminales contra los culpables de *stuprum*, adulterio ó incesto; esta materia queda para el último título de las Instituciones.

#### TITULUS XIII.

##### DE TUTELIS.

Transeamus nunc ad liam divisionem personarum. Nam ex his personis quæ in potestate non sunt, quædam vel in tutela sunt vel in curatione, quædam neutro jure tenentur. Videamus ergo de his quæ in tutela vel in curatione sunt. Ita enim intelligemus cæteras personas, quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his quæ in tutela sunt.

#### TÍTULO XIII.

##### DE LAS TUTELAS.

Pasemos ahora á otra division de personas. Porque entre aquellas que no se hallan bajo la potestad de otro, unas están en tutela ó curatela, y otras no se hallan sometidas á ninguno de estos derechos. Ocupémonos, pues, de las que se hallan bajo tutela ó curatela. De esta manera sabremos cuáles son las que se hallan en este caso. Y primeramente tratemos de las que se hallan en tutela.

Despues de haber examinado las personas con relacion á su posicion privada en el Estado y en las familias, vamos á estudiarlas

(1) Inst. 4. 6. 13.

(2) D. 6. 1. *De rei vindic.* 1. § 2. fr. Ul.—43. T. 30. *De liberis exhibendis.*