

UNIVERSIDAD DE VALPARAISO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO

**EL SISTEMA DE LOS ALIENI IURIS EN LA
FAMILIA ROMANA Y BREVE COMPARACION CON
EL DERECHO ACTUAL**

**MEMORIA DE PRUEBA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN
CIENCIAS JURIDICAS**

PAULA ANDREA RODRIGUEZ DUARTE

Valparaíso, Chile

2010

Un agradecimiento muy sincero a mis padres por su amor incondicional.

A mi amiga Lorena por su constante apoyo en esta etapa.

Y sobre todo a Jorge, sin él nada de esto sería posible.

INDICE

INTRODUCCIÓN.....4

CAPITULO I. GENERALIDADES

1. Las Personas.....6

2. La Familia Romana.....7

3. Miembros de la familia romana y parentesco.....10

 2. 1La Agnatio.....10

 2,2 La Cognatio naturalis.....12

 2.3 La Adfinitas.....13

 3.4 La Gens.....14

4. El Paterfamilias, los Alieni iuris y las Potestas.....14

CAPITULO II. LOS FILII FAMILIAE Y LA PATRIA POTESTAS

1. Concepto de Patria Potestas.....17

2. Fuentes de las Patria Potestas18

 2.1 Por la Procreación en legítimo matrimonio.....18

 2.2 Por la Legitimación de un hijo nacido fuera del matrimonio.....19

 2.3 Por la Adopción.....22

3. Efectos de la Patria Potestas.....26

4. Formas de Extinción.....29

CAPITULO III. LA MUJER IN MANUS

1. Generalidades.....32

2. Evolución de la Manus hacia el matrimonio libre.....33

3. Fuentes de la Manus.....34

4. Efectos de la Manus.....37

5. Formas de Extinción de la Manus.....39

CAPITULO IV. EL SERVUS Y LAS DOMINICA POTESTAS

1. El Status Libertis y el Esclavo.....41

 1.1 Origen y evolución del statu servi.....41

1.2 Acciones relativas a la libertad	44
2. Causas de la Esclavitud.....	46
2.1 Esclavitud por nacimiento.....	46
2.2 Esclavitud por Ius Gentium.....	47
2.3 Esclavitud por Ius Civile.....	48
3. Efectos de la Dominica Potestas.....	50
4. Terminación de la Esclavitud, la manumisión y el patronato.....	52
4.1 Formas de extinción de la esclavitud.....	52
4.1.1 Por Ley.....	52
4.1.2 Por Manumisión.....	53
4.2 El Patronato.....	61

CAPITULO V. *EL IN MANCIPIUM*

1. Generalidades.....	66
2. Formas del Mancipium.....	66
3. Efectos del Mancipium	68

CAPITULO VI. *CONDICIÓN JURIDICA DE LOS ALIENI IURIS Y SU EVOLUCION EN LA FAMILIA ROMANA*

1. Generalidades.....	70
1.1 Capacidad jurídica y capacidad de obrar.....	70
1.2 La capacidad de obrar en atención a la edad.....	71
2. Condición jurídica de los Filiifamilias.....	72
3. Condición jurídica de la Mujer en el Derecho Romano.....	79
3.1 Aspectos generales.....	79
3.2 Condición jurídica de la Mujer Casada.....	81
4. Condición jurídica de los Esclavos.....	83
5. Condición jurídica de las personas In Causa Mancipii.....	88

CAPITULO VII. *ANALISIS COMPARATIVO CON EL DERECHO NACIONAL VIGENTE.*

1. Generalidades.....	90
-----------------------	----

2. La capacidad jurídica en el derecho romano y en el derecho actual.....	90
3. Capacidad jurídica de la mujer casada en el derecho romano y el actual.....	91
3.1 Introducción.....	91
3.2 Breve referencia histórica.....	93
3.2.1 Bajo la sola vigencia del código civil.....	93
3.2.2 Ley 10.271 de 2 de abril de 1952.....	94
3.2.3 Ley 18.802 de 1988.....	94
3.2.4 Situación actual.....	94
3.3 Administración de los bienes propios de la mujer.....	95
3.4 Capacidad de los cónyuges para contratar entre sí.....	96
3.5 Patrimonio reservado de la mujer.....	98
3.5.1. Breve referencia histórica.....	98
3.5.2 Situación actual.....	100
4. Los hijos y la patria potestad.....	101
4.1 Generalidades sobre la filiación.....	101
4.2 De la patria potestad.....	102
4.3 Duración y efectos de la patria potestad.....	103
4.4 Bienes exceptuados del derecho legal de goce del padre o madre.....	105
4.5 Casos en que el hijo menor adulto puede actuar válidamente por sí solo.....	106
CONCLUSIÓN.....	108
BIBLIOGRAFÍA.....	110

INTRODUCCIÓN:

El derecho romano es sin duda una de las más importantes estructuras jurídicas del mundo antiguo y una de las principales fuentes de la estructura jurídica actual; de allí el interés por abordar un tema que se considera de relevancia por su influencia en las instituciones del derecho moderno.

La metodología que se utilizará en el análisis de los temas a tratar será en un principio más bien descriptivo; sin embargo, nos resulta interesante e innovador comparar estas instituciones históricas con nuestro derecho actual, donde intentaremos encontrar puntos de encuentro.

El presente trabajo tiene por objeto abordar el tema de la situación jurídica de los *alieni iuris*, a través de un previo análisis de la familia romana y su constitución, tomando como base la figura del *pater* y las potestades que éste ejercer respecto de cada uno de ellos.

De esta manera se ha estructurado el presente trabajo partiendo por el examen detallado del status de cada uno de los que conforman la calidad de *alieni iuris*, los modos que llevan a que tengan esta calidad, cuál era su rol particular dentro de la familia romana, los efectos que conlleva su sujeción a potestad, así como las causas que llevan al término de la misma.

Posteriormente, haremos referencia a la condición jurídica de cada uno de los *alieni iuris*, tratando las facultades que a cada uno de ellos corresponde y la evolución de las mismas en el devenir del derecho romano.

Finalmente, intentaremos comparar la situación y condición jurídica de cada uno de los catalogados como *alieni iuris*, con la situación jurídica actual de cada uno de ellos, enfocándonos en el tema de la capacidad y su calidad de sujetos de derecho; donde a priori

podemos identificar con claridad la figura de los hijos de familia y la cónyuge.

CAPITULO I. GENERALIDADES

1. Las Personas

Se llama persona a todo ser o entidad capaz de adquirir derechos y obligaciones, es decir, a todo el que reúne en sí los requisitos necesarios para que puedan atribuírsele facultades o poderes que constituyen los derechos subjetivos, así como para poder ser constreñido a cumplir deberes jurídicos.

Persona proviene del latín que significa “mascara”.

El termino persona¹ es designado en el léxico romano para referirse al sujeto de derecho, “en el sentido que tiene personalidad jurídica o, lo que es igual, a capacidad de derecho o de goce de acuerdo a la concepción moderna”².

Por su parte el artículo 55 del código civil chileno nos dice que “son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, extirpe o condición”.

Para el Derecho Romano a diferencia de lo que ocurre en el derecho moderno no todos los individuos eran sujetos de derecho, esto es “persona”³.

De acuerdo a las definiciones mencionadas hoy en día basta el hecho de ser humano para ser persona y por ende tener capacidad jurídica⁴; la cual podemos conceptuar como la aptitud legal para ser titular de derechos y obligaciones. En cambio, según la concepción romana, solo gozaban de tal calidad los hombres y mujeres que teniendo existencia física (humana), cumplieran con ciertas condiciones que los juristas, teniendo en vista la pérdida o disminución de la capacidad (*capitis deminutio*⁵), han agrupado en

¹ Aceptación técnica para referirse al sujeto de derecho, no propiamente romana, pues estos utilizaban con mayor frecuencia el término caput o cabeza, palabra también usada en otros sentidos, diversos a la capacidad civil. Véase BONFANTE, Pedro, *Instituciones de derecho romano*, (Madrid, 1959), p. 37.

² TOPASIO FERRETTI, Aldo, *Derecho Romano* (Valparaíso, 1992), p. 409.

³ El sentido utilizado por el presente trabajo a la acepción persona es aquel referido a los hombres en sentido individual o físico, pues el derecho romano reconocía, al igual que el derecho moderno, a las personas jurídicas las cuales también detentan capacidad jurídica.

⁴ Respecto a la capacidad el artículo 1446 del código civil “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”.

⁵ Es la pérdida de capacidad jurídica por la falta de un estado esencial para ser sujeto de derechos. Así la pérdida del status *libertatis* produce la *capitis diminutio maxima*; la pérdida del

los siguientes estatus: *Status libertatis*, *Status civitatis*⁶, *status familiae*, según los cuales los requisitos para ser personas eran: ser libre, ser ciudadano romano y, en el ámbito familiar, ser *sui iuris*.

Así el término jurídico *status* hace referencia a la posición o situación jurídica de los hombres con relación a ciertas comunidades y las consecuencias jurídicas que esto conlleva.

En materia de capacidad, los romanos distinguen entre la capacidad con respecto a los derechos familiares llamada *connubium* o *ius connubii* y en relación a los derechos patrimoniales o *commercium* o *ius commercii*.

Cabe destacar que conforme al derecho natural (*ius naturale*) todos los seres humanos son persona.

Gayo⁷ en tal sentido, divide a los personas en hombres libres o esclavos; siendo esta la primera gran clasificación de las personas. Pero ya en la época post clásica los esclavos fueron excluidos de la clase de *personae*⁸.

Los hombres libres y por tanto, con capacidad jurídica, podían ser a su vez *Ingenuos* y *Libertos*. *Ingenuos* son los que habían nacido libres y *Libertos* los que, en un momento cualquiera de su existencia, habían sido esclavos y luego liberados.

Otra división efectuada en consideración a personas dentro de la familia romana es aquella que distingue entre personas *Sui iuris* y *Alieni iuris*. Estas últimas, según Gayo⁹, están sujetas al derecho de otro, en cambio los *Sui iuris* son personas independientes, es decir, no están sometidos a potestad ajena.

2. La Familia Romana

La familia romana es si duda una institución de elevada importancia en el derecho romano antiguo, base de la sociedad romana y de vital importancia en las relaciones de derecho privado. Su envergadura se manifiesta tanto desde el punto de vista de los

status civitatis, constituye la *capitis diminutio media*; y la del *status familiae*, la *capitis diminutio minima*.

⁶ Conforme al *status civitatis*, los hombres son ciudadanos romanos (*cives*) o son extranjeros (*peregrini*) y entre ellos había un grupo intermedio: los latinos (*latini*).

⁷ GAIUS, *Institutas*, I. 9. “omnes homines aut liberos esse aut servos”.

⁸ SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico* (Barcelona 1960), p. 70.

⁹ GAIUS, I. 48, cit. (n 7). “*Sequitur de iure personarum alia divisio. Nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieni iure subiectae sunt*”.

derechos civiles como de los derechos políticos. La familia era la base del derecho hereditario y de la tutela legítima. Por otro parte, en su dimensión política, la familia en su origen puede ser considerada como un organismo político semejante al Estado. A este respecto, Bonfante señala que “se nos revela como nacida para fines de orden y defensa social”¹⁰.

En cuanto al concepto de familia podemos destacar que para la sociedad romana denota diversas acepciones, algunas alejadas del concepto que conocemos en el derecho moderno. No obstante, esta institución no se mantuvo inalterada en el tiempo, sino que fue evolucionando y ya en época de Justiniano se acercó a nuestro concepto actual.

En primer lugar podemos señalar que familia procedería de “*famulus*”, que en latín significa esclavo, o de “*famel*” que tenía en lengua osca la misma significación”¹¹. De tal suerte que, de acuerdo a una concepción primigenia de familia propia del lenguaje arcaico, el concepto se utilizó como sinónimo del patrimonio o de la herencia que pueda tener una persona. Es así como la ley de las Doce Tablas atribuía la *familia* del ciudadano *sui iuris*, fallecido sin testamento, a los agnados y gentiles del difunto.

Cabe destacar también que de acuerdo al lenguaje clásico, el término familia se refiere al conjunto de esclavos sometidos a la potestad de una persona. Como lo vemos en el Digesto al disponer: “También solemos llamar familia de esclavos...la denominación de familia comprende a todos los esclavos...”¹².

No obstante lo anterior, pareciera ser que el concepto de familia más utilizado por los romanos es aquel que nos dice que familia es el conjunto de personas sometidas a la potestad del jefe de familia - o *Pater*- y en este sentido, la familia romana se nos presenta ya no como una familia natural, sino una familia civil cuyo fundamento ya no es el vínculo de la sangre, sino del poder¹³. Siendo el eje fundamental de la misma la figura del *paterfamilias*, el es “cabeza de

¹⁰ BONFANTE, Pedro, *Instituciones de derecho romano*² (Madrid, 1959), p. 144.

¹¹ LAZO, Santiago, *Curso de derecho romano en su desarrollo histórico*² (Santiago, 1912), p. 31.

¹² JUSTINIANO, *Cuerpo del derecho civil romano, Digesto*, 50, 16, 195, 3. “*Servitutium quoque solemus appellare familias...familiae appellatio omnes servos...*”.

¹³ ORTALAN, M. *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano* (Madrid, 1912), I, p. 44.

familia” y sus *potestas* engloban virtualmente la organización de la familia entera. La familia sometida a la autoridad del *pater* es patriarcal y monógama.

A esta familia civil se le conoce también como familia *agnaticia*. Esta familia se define como aquel conjunto de individuos ligados por los vínculos de la agnación; siendo propio de este parentesco agnaticio la relación de sumisión o dependencia a un jefe común y el lazo que une a éste con sus sometidos, pues esta unión no dice relación con los vínculos de sangre. Esta familia recibe el nombre de familia *Agnatorum proprio iure* en sentido estricto, pues en sentido lato o amplio encontramos la familia *Agnatorum Communi iure*, que es aquel vínculo existente entre los agnados una vez muerto el *pater* y que permanece entre los que estuvieron sometidos a su potestad. Basándose esta familia por tanto en la patrilinealidad. Así una vez muerto el *pater familias*, la familia se divide en tantas como *filius familias* varones hay. Esta forma especial de parentesco traía aparejada como consecuencia que el nombre de la familia se extendiese a los varones que estaban o hubieran podido estar bajo la misma potestad del *pater*.¹⁴ Esta división en familia *proprio iure* y *comune iure* la encontramos en el Digesto¹⁵ al señalar: “Por derecho propio llamamos familia a muchas personas, que o por naturaleza o por derecho, están sujetas a la potestad de una sola, por ejemplo, el padre de familia, la madre de familia, el hijo de familia, la hija de familia, y los demás que siguen en el lugar de estos, como los nietos y las nietas, y las otras descendientes. (Pero se llama “padre de familia” el que tiene dominio en la casa; y con razón es llamado con este nombre aunque no tenga hijos; porque no designa la sola persona de el, sino también su derecho)...Y cuando muere el jefe de familia, cuantas personas hayan estado sometidas a el empiezan a tener familias aisladas, ya que cada uno de ellos recibe la

¹⁴ Hay que tener presente sin embargo que Agnati, en rigor se refiere exclusivamente a los colaterales.

¹⁵ JUSTINIANO, D.50, 16, 195, 2 cit. (n 12). "*Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi uniwersae cognationis continetur. iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps uicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps... communi iure familiam dicimus omnium agnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur...*".

denominación de jefe de familia. Y lo mismo sucede también con el que fue emancipado, porque también este, hecho *sui iuris*, tiene familia peculiar suya”.

Finalmente, y en una designación más cercana a la concebida por el derecho actual, podemos señalar que familia hace alusión al conjunto de personas unidas por vínculos de sangre o *Cognación*.

De acuerdo a esta acepción podemos señalar que en este caso la familia es considerada desde el punto vista natural y no civil como la familia agnaticia.

3. Miembros de la familia romana y parentesco

El vínculo que existe entre personas y que proviene de sus relaciones de familia se denomina parentesco.

Sin perjuicio de las distintas concepciones de la palabra familia, nos referimos en este punto tanto a la familia civil o agnaticia y a la familia natural o Cognaticia, pudiendo distinguir entre ambas un parentesco civil y natural.

El parentesco, por tanto, podía ser por agnación, gentilidad, cognación y afinidad. Los dos primeros son específicamente romanos y se cimentan en la estructura familiar antigua, la cual logro permanecer prácticamente indemne en la sociedad romana por el espacio de varios siglos. Estos lazos de cognación y afinidad se basan en los vínculos de la sangre y del matrimonio, respectivamente y de ahí su permanencia en el derecho actual.

3.1 La Agnatio.

La familia Agnaticia romana descrita anteriormente como el conjunto de personas unidas por el vínculo de la *patria potestas* común, esto es, sujetas a la autoridad o potestad del *paterfamilias*, (caso de la familia *Agnatorum proprio iure*) o bien que estuvieron sujetos a un mismo *pater* (familia *Communi iure*), estaba integrada, de acuerdo a lo expuesto por Arias Ramos¹⁶ por :

¹⁶ ARIAS RAMOS, José, *Derecho Romano*⁹ (Madrid, 1963), I, p. 79.

- 1) Por la mujer casada con el *paterfamilias* o con algunos de los varones sujetos a su poder domestico, siempre que hayan cumplido los requisitos previstos para el matrimonio (*iustae nuptiae*).
- 2) Sus hijos nacidos de legítimo matrimonio, cualquiera que fuese su sexo, los descendientes legítimos de sus hijos y nietos varones.
- 3) Las personas, cualquiera que sea su procedencia, que el *pater* acoja en la familia en la posición jurídica de hijos o nietos, acorde a los procedimientos de *Arrogatio* y la *adoptio*.

Como consecuencia de lo anterior, no formaban parte de la familia, la mujer casada con el *pater* o con alguno de sus descendientes, cuando no se hayan cumplido con las ritualidades propia del matrimonio (caso del matrimonio *sine manu*); - los descendientes ilegítimos¹⁷; - los descendientes legítimos que por la *emancipatio* salen del seno familiar para constituir una nueva familia como jefes o bien que por otro acto jurídico salen de la familia para entrar en la potestad de otro *paterfamilias*; - los descendientes legítimos o ilegítimos de las hijas y nietas; - y, por último, no forman parte de la familia agnaticia los hijos vendidos por el *pater* a un tercero (*personae in mancipio*).

Por lo que de acuerdo a lo expuesto, no era necesario el vinculo sanguíneo para que tenga lugar la agnación. Así, el extraño adoptado se integraba perfectamente en la familia, en cambio, un hijo propio que había sido emancipado no pertenecía a la familia a la que procedía y los hijos nacidos en matrimonio eran extraños a la familia de la madre; sólo pertenecían a la del padre.

Los parámetros utilizados para computar el parentesco civil y el natural son la línea y el grado. La línea puede ser recta o colateral. La línea recta se presenta entre parientes, uno de los cuales es descendiente o ascendiente del otro, por tanto, la línea recta podía ser descendiente y ascendente, según se considerara bajando del progenitor o a la inversa.; y la línea colateral se da entre parientes sin descender uno de otro proceden de un ascendiente común. El

¹⁷ Esta situación tiene un cambio a partir del periodo romano-helénico, pues fue introducida la legitimación de los hijos ilegítimos, pasando estos a tener la calidad de *filiusfamilia*.

grado está indicado por el número de generaciones, de modo que cada generación constituye un grado.

El parentesco por agnación puede ser más o menos próximo. Así, el grado en la línea recta, esto es, entre ascendientes y descendientes, se computa directamente. Así, por ejemplo, la agnación entre padre e hijo es de primer grado, porque existe una sola generación, dos entre nieto y abuelo y así sucesivamente. En la línea colateral, el grado se cuenta subiendo una generación desde uno de los agnados hasta el primer antepasado común, y descendiendo después hasta el otro agnado, por lo que el parentesco entre hermanos es de segundo grado y entre primos es de cuarto grado; pero normalmente no se admite agnación en la línea colateral mas allá del sexto grado y excepcionalmente se admite una agnación de séptimo grado¹⁸, pero tratándose de la línea recta podría considerarse grados hasta el infinito.

Así podía darse el caso que la madre no fuese agnada de sus hijos y sólo en virtud del matrimonio entraba en la *potestas* de su marido, pasando en tal caso a ser hermana agnaticia de sus hijos.

3.2 La Cognatio naturalis

El parentesco por consanguinidad, esto es la cognación, se define como la relación existente entre dos o más personas unidas por la sangre y descendientes una de la otra o ambas de un tronco común, siendo su base una relación natural y ya no jurídica como en la agnación. A este parentesco hace referencia Gayo¹⁹ al señalar: “Los agnados son aquellos cuyo parentesco proviene de personas del sexo masculino, es decir los parientes por parte del “*pater*”, como lo son el hermano nacido del mismo padre, el hijo de este tío y el nieto habido de este hijo. En cambio, aquellos cuyo parentesco proviene de persona de sexo femenino no son agnados sino parientes de

¹⁸ ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de derecho romano*¹⁰ (Buenos Aires, 1986), p. 480.

¹⁹ GAIUS, 1. 156. “*Sunt autem agnati per uirilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati, ueluti frater eodem patre natus, fratris filius neposue ex eo, item patruus et patrui filius et nepos ex eo. At hi, qui per feminini sexus personas cognatione coniunguntur, non sunt agnati, sed alius naturali iure cognati. Itaque inter auunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. item amitae, materterae filius non est mihi agnatus, sed cognatus, et inuicem scilicet ego illi eodem iure coniungor, quia qui nascuntur, patris, non matris familiam secuntur*”.

derecho natural (cognados). Es por esto que entre el tío paterno y el hijo de la hermana no hay agnación sino cognación e igualmente, el hijo de mi tío paterno o materno no es mi agnado sino mi cognado (y recíprocamente estoy respecto de ellos en la misma situación de parentesco), porque los hijos siguen la familia del “*pater familias*”, no el de la madre, o materno”

En la primera etapa del derecho romano, la agnación sin duda revestía una importancia superior a la cognación, pero no obstante su gran preponderancia, con el paso del tiempo se abre paso a los lazos de sangre, pasando a ser el primero en los casos que éste tuviera lugar. Así se demuestra tanto en materia de derecho sucesorio como en lo relativo a la tutela²⁰. Pero hay que destacar que desde sus inicios la cognación traía aparejada para quienes estaban ligados por ella, el constituirse como un impedimento en materia matrimonial.

En este parentesco se incluyen tanto los descendientes ilegítimos como los descendientes de la mujer a diferencia de lo que sucede en la agnación.

Tal como señalamos para la *agnatio*, la *cognatio* se computa a través de la línea y el grado, y le es aplicable todo lo indicado con anterioridad.

Cabe agregar que los hermanos que descienden de los mismos padres se les llama germanos, los que tienen solo en común el padre, consanguíneos y reciben el nombre de uterinos los hermanos de la misma madre.

3.3 La *adfinitas*

Es el parentesco que une a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro cónyuge. Éste se extingue por la *capitis diminutio*, esto es, la pérdida de la capacidad jurídica.

La *adfinitas* se mide de la misma manera que la cognación, por tanto, puede existir tanto en línea recta (tal es el caso del que existe entre el cónyuge y los descendientes del otro); como en la línea colateral, (esto es, el que hay entre el cónyuge y los colaterales del

²⁰ Así podemos ver que el Edicto perpetuo y por los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano se regulo la sucesión entre madre e hijos.

otro). Pero este parentesco sólo se da entre el cónyuge y los respectivos parientes del otro y no entre los respectivos parientes de los cónyuges.

En cuanto a sus efectos podemos indicar que la afinidad da lugar a la obligación de alimentos en ciertas situaciones y también constituye un impedimento para el matrimonio.

3.4 La gens

Las gentes, son el antecedente superior e inmediato de las asociaciones domésticas. Ésta se caracteriza por ser muy amplia, pues consta de varias familias que comparten un ascendiente común y conforman una verdadera unidad orgánica, con valor jurídico-político, bajo una jefatura (*pater gentis*) que desempeña diversas funciones, aparejando incluso el dominio colectivo sobre una tierra. El vínculo que conforma la *gens* abarca toda la existencia del individuo como tal. Así, el culto a los dioses, el servicio militar y el ejercicio de los derechos políticos agrupan a los "gentiles" o individuos de una *gens*; hasta la muerte los reúne en tumbas hereditarias y comunes.

La descendencia del tronco común viene dada por el *nomen gentile*²¹ que lo caracteriza.

Al respecto podemos destacar su influencia tanto en el derecho público como privado. Para este último, esta preponderancia radica en la circunstancia de corresponderle a la *gens* un derecho subsidiario tanto en la sucesión intestada como en tutela y curatela.

Sin embargo esta forma especial de parentesco decae a fines de la república. Lo anterior queda de manifiesto en el hecho que el Edicto Pretorio prescindió de ella en materia sucesoria y prácticamente entra en desuso en la época del principado.

4. El Paterfamilias, los Alieni iuris y las Potestas

Enfocándonos en el *Status familiae*, esto es, de acuerdo a la situación familiar, indicamos que las personas se dividen en *sui iuris*

²¹ Este nomen gentilicium es lo que hoy correspondería al apellido por ejemplo Caius Iulius Caesar, miembros de la gens Iulia, así dentro de las gens podemos señalar algunas como de claudia, Valeria, Fabia etc.

y *Alieni iuri subiecta*. La primera eran aquellas que no esta bajo dependencia de otros, es decir aquel que no tiene ascendiente legítimo, incluyéndose bajo esta nominación al que ha sido liberado (*emancipatus*) por el ascendiente de quien dependía. Estas eran sujetos de derecho, potencialmente capaces de ser titulares de derechos y en consecuencia tienen patrimonio propio. Podían en consecuencia ser personas *sui iuris*, tanto varones como mujeres, que no se hayan sometidos a potestad ajena, independiente del hecho de tener personas sometidas a su potestad, cualquiera sea su edad, pudiendo incluso ser un menor de edad, pero sólo el adulto *sui iuris* goza de plena capacidad.

Detentan el atributo de *sui iuris* el paterfamilias. El paterfamilias es aquel que no tiene ascendientes vivos por la línea masculina en la familia romana,²² esta calidad también puede adquirirse en virtud de la emancipación. Solo podían ser *paterfamilias* las personas del sexo masculino, siendo indiferente su edad, hijos o personas sujetas a su potestad. Por su parte, la mujer *sui iuris* era llamada "*materfamilia*", casada o no casada, siempre y cuando fuera de costumbres honestas. Igualmente, podía tener un patrimonio y sólo podía ejercer la autoridad de ama sobre los esclavos; pero la "*patria potestas*", la "*manus*" y el "*mancipium*" sólo pertenecía a los hombres.

Por otra parte, eran *Alieni iuris* aquellos que están sometidos a la autoridad o potestad de otro y por tanto incapaces de actuar jurídicamente por si mismos, sean libres o no. Es así como en la época republicana se aplican a todos los *alieni iuris* las reglas a la cuales se hayan sometidos los *servi*, pero esta situación (respecto de los *alieni iuris liberi*), se va morigerando con el devenir del derecho romano.

La figura del paterfamilias como persona *sui iuris*, era importantísima en el derecho privado romano. Él era el centro de toda "*domus*" romana; tanto es así que Bonfante llega a señalar que "el derecho privado romano es, durante toda la época verdaderamente romana, el derecho de los paterfamilias o jefes de familia"²³. Sin embargo no acontece lo mismo en el derecho publico,

²² BONFANTE, Pedro, cit. (n 10), p. 158.

²³ Ibid, p. 146.

donde los *alieni iuris* y personas *sui iuris* aparecen equiparados. En cambio los *alieni iuris* no gozan de los beneficios jurídicos, exclusivos del *paterfamilias*. Los primeros carecían de la capacidad que hoy conocemos como de goce, trayendo como secuela el impedimento casi absoluto de ser sujeto de derechos.

Por tanto, podemos señalar que la calidad de *Alieni iuris*, está indefectiblemente unida a la persona del *pater* y las potestas que éste ejerce respecto de los diversos miembros de la familia; de ahí que para analizar a los *alieni iuris* resulta indispensable analizar las *potestas* y las consecuencias que trae aparejada respecto de las distintas personas *alieni iuri*.

Estas *potestas* ejercidas por el *paterfamilias* se extienden hasta abarcar el derecho de vida y muerte de sus sometidos. La calidad de *paterfamilias* se pierde por la *capitis deminutio* y por la muerte de este último. Esta situación llevaba al fraccionamiento de la familia. De esta forma, si sus descendientes no poseen ascendientes dentro de la familia, se hacen a su vez jefes de familia.

Este poder del *pater* fue llamado originariamente *Manus*, cuyo símbolo es la mano que domina y protege. Con posterioridad la palabra *manus* se utiliza solo para identificar al poder que se ejerce sobre la mujer casada (mientras permanece en la casa del marido). Las *potestas* que ejerce el *paterfamilias* son cuatro: 1.- La autoridad del señor sobre el esclavo, la cual recibe el nombre simplemente de *potestas* o también llamada *Dominica potestas*, pues el esclavo es objeto de dominio; 2.- La *Patria potestas* o *Manus paterna*, autoridad paternal; 3.- La *Manus Maritalis* o *potestas maritalis*, autoridad del marido y a veces de un tercero, sobre la mujer casada; y 4.- El *Mancipium*, autoridad especial de un hombre libre sobre una persona libre.

Al respecto es posible señalar, que las tres últimas *potestas* se ejercen sobre personas *liberi*.

Cabe tener presente que la *manus* y el *mancipium* cayeron en desuso en el imperio de Justiniano, mas la esclavitud y la patria potestad se mantuvieron, pero con varias modificaciones.

1. Concepto de patria potestas

Los romanos enaltecían la patria potestad como una institución particular suya. Esto es cierto en el sentido de que en ningún otro pueblo culto se ha perpetuado y consolidado de un modo tan característico una organización primitiva como la de la familia romana²⁴.

Como ya hemos señalado, una persona *alieni iuris* o *alienae potestatis subiectus* se encuentra sometida al poder familiar; y dentro de esta categoría podemos encontrar el *filiusfamilias*, descendiente legítimo o adoptivo de un pater viviente.

Los *filiusfamilias* se distinguen no sólo por el reconocimiento social de su condición de libres, sino también por su expectativa jurídica de alcanzar la independencia, una vez verificada la muerte del *pater familias*, y hasta de llegar a ser jefes de una casa.

El poder unitario del *paterfamilias* comprende, entre otras, a la potestad sobre los hijos, llamada *potestas* o *patria potestas*. Las personas sometidas a la *patria potestas* son los hijos o *liberi*. La potestad paterna era rigurosamente *iuris civilis* y sólo podía pertenecer a los ciudadanos romanos y era exclusivamente propia de los hombres.

Podemos definir a la *patria potestas* como: “el poder que el jefe ejerce sobre sus hijos o nietos concebidos dentro del matrimonio legítimo”²⁵.

“Es la autoridad que el *paterfamilias* ejerce sobre sus hijos legítimos de ambos sexos, sobre los descendientes legítimos de los varones, sobre los extraños arrogados o adoptados y sobre los hijos naturales legitimados se llama *patria potestas*”²⁶.

“El poder que se confería al padre se denominaba *patria potestas* que otorgaba un poder omnímodo sobre la persona del hijo (*vital et*

²⁴ BONFANTE, Pedro, cit. (n 10), pp.143-144.

²⁵ SAMPER POLO, Francisco, Derecho Romano, (Santiago, 2003), p. 189.

²⁶ ARIAS RAMOS, José, cit. (n 16), II, pp. 722.

necis, noxae deditio) y sobre los bienes que él adquiriera, que pertenecían en dominio al *pater*²⁷.

La paternidad natural coincide normalmente con el ejercicio de la patria potestad, por lo tanto ésta se adquiere de “derecho” sobre los hijos concebidos durante el matrimonio; pero también se adquiere a través de la “legitimación”. Sin embargo la patria potestad, como luego veremos, también nace a través de un modo artificial, es decir, como consecuencia de un acto jurídico llamado “adopción”.

Quien ejercía en el derecho romano la *patria potestas* era el paterfamilias romano, quien era supremo regulador de la familia, quien juzgaba las faltas de los sometidos a su poder y el único sacerdote de los *sacra* particulares de la familia.

La evolución de la *patria potestas* en el derecho romano presenta como hitos inicial y final dos concepciones opuestas de la misma; la patria potestad comienza como un poder despótico concebido en provecho del que la ejerce, y termina considerándose como una autoridad tuitiva, destinada a beneficiar con su protección a los sometidos a la patria potestad²⁸.

2. Fuentes de las patria potestas

Al referirnos a esta materia hacemos alusión a los modos de ingreso de los *filiifamilias* a la familia y como consecuencia de ello, a la potestad del *pater*.

La patria potestad en el derecho romano se adquiría de tres modos:

2.1 Por la procreación de hijos en legítimo matrimonio:

Desde el momento del nacimiento todo hijo legítimo cae bajo la patria potestad de su padre²⁹, pero si el padre estuviese a su vez, sujeto a patria potestad, sus hijos caen bajo la patria potestad del abuelo paterno, pero si muere este último, el padre se hace *sui iuris*

²⁷ HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, *Derecho Romano: personas y derecho de familia* (Santiago 1985), p. 5.

²⁸ ARIAS RAMOS, José, cit. (n 16), II, pp. 711-712.

²⁹ GAIUS, I, 55, cit. (n 7).

y por ende adquiere de pleno derecho la patria potestad sobre sus propios hijos legítimos³⁰.

El momento de la generación decide de la suerte del hijo en cuanto a la patria potestad. Para determinar la época de la generación, se debe combinar el principio: *pater est quem nuptiae demonstrant*, con la regla según la cual un hijo puede nacer viable entre el principio del séptimo mes y el fin del décimo después de la concepción. El hijo nacido 182 días después de contraído el matrimonio o dentro de los diez meses que siguen a la disolución del matrimonio, se presume concebido durante el matrimonio, y pertenece al marido³¹.

Si el padre no es *sui iuris* en el momento de la concepción, no tendrá la potestad paterna, aún cuando fuese *sui iuris* en el momento del nacimiento³², el hijo quedará bajo el poder del cual se encontraba el padre en el momento de la concepción.

2.2 Por la legitimación de un hijo nacido fuera del matrimonio:

La legitimación es un acto civil, mediante el cual los hijos naturales se suponen nacidos de legítimo matrimonio. “Por derecho romano sólo pueden ser legitimados los hijos naturales, esto es, los nacidos de concubinato, y no lo pueden ser, por regla general, los otros hijos ilegítimos (espurios, adulterinos, incestuosos). Los hijos nacidos de concubinato tienen un padre conocido, por ser el concubinato una unión sexual estable y reconocida por la ley, de donde la posibilidad, para estos hijos, de la ficción jurídica que sirve de fundamento a la legitimación”³³.

En consecuencia el término “*legitimatio*” se restringe a determinados modos civiles, introducidos por los emperadores

³⁰ Dentro de los requisitos exigidos para el matrimonio destacan: detentar capacidad civil, que solo tienen los ciudadanos romanos; tener capacidad natural, por ejemplo no ser impúber; y el consentimiento además del de los novios, el del Pater (el cual era esencial luego paso a ser mas bien formal), e incluso en algunos casos de otras personas (el padre, el tutor respecto de las mujeres *sui iuris*, o sus parientes mas próximos) las controversias a que diere lugar el otorgamiento del consentimiento las dirimía la autoridad judicial; y la ausencia de impedimentos tanto absolutos como relativos.

³¹ Salvo prueba en contrario. Véase, D. 1, 6, 6.

³² A menos que le haya llegado a consecuencia de la muerte de su paterfamilias, caso en que sí tendrá dicha patria potestad. Véase, GAIUS, I, 135, cit. (n 7).

³³ SERAFINI, Felipe, Instituciones de derecho Romano (Barcelona 1927), II, p. 335.

cristianos, y que tienen por objeto hacer adquirir la potestad paterna sobre los hijos naturales.

Las formas de legitimación son cuatro:

- ***Por subsequens matrimonium:*** se da en el caso de los hijos habidos en concubinato, por el subsiguiente matrimonio de los padres. “Constantino fue quien por primera vez introdujo esta especie de legitimación solamente para los hijos procreados con anterioridad a la ley”³⁴. No fue sino Justiniano quien erigió la legitimación por subsiguiente matrimonio en una institución permanente, pero exigiendo la redacción de un instrumento dotal o de otro acto equivalente encaminado a comprobar la época de la transformación del concubinato en matrimonio.

En consecuencia, las condiciones necesarias para que este tipo de legitimación tuviese lugar eran:

- que en el momento de la concepción de los hijos, el matrimonio entre los padres no se hallase prohibido por ninguna ley (*cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat*).
- Que se extendiese un acta conteniendo la constitución de la dote (*dotalibus instrumentis compositis*), o que simplemente sirviese para probar el matrimonio (*instrumenta nuptialia; nuptialis tabulae*). Semejante acta no era necesaria para la validez del matrimonio, pero sí lo era para la legitimación, a fin de fijar sin la menor duda el instante en que, transformándose el concubinato en justas nupcias, tenía lugar la legitimación. Por lo demás ningún texto de la ley exigía que los hijos fuesen inscriptos en esta acta de matrimonio.
- Que los hijos ratificasen la legitimación (*hoc Batum habuerint*), porque no podían contra su voluntad verse

³⁴ Ibít.

sometidos a la patria potestad, nada impedía que los unos consintieran en ello y los otros no³⁵.

- **Por *oblationem curiae***, nace como una verdadera legitimación de hijos naturales, a través del otorgamiento de los derechos de hijo legítimo cuando los hijos naturales han sido ofrecidos a la curia. Teodosio II y Valentiniano III abrogaron las leyes que limitaban la capacidad de los hijos naturales para recibir liberalidades de su padre siempre que fueran inscritos entre los decuriones o curiales, o si se traba de una hija, fuera casada con un decurión o curial³⁶. El objeto de estos emperadores era instar a que entrasen más personas en la clase de los curiales y conceder un beneficio a los curiales ya existentes. Esta institución con el tiempo se extendió, el hijo natural ofrecido a la curia adquirió derechos de sucesión aún *ab intestato*, como si fuese legítimo, pasó bajo la patria potestad y así la oblación a la curia pasó a ser una forma de legitimación. Justiniano la confirmó y la extendió a aquellos que no sólo tenían hijos naturales, sino que tenían también hijos legítimos. En todo caso, la oblación a la curia era una forma de legitimación sólo al alcance de las personas ricas y, asimismo, los hijos ofrecidos a la curia entraban a la clase de los curiales y debían desempeñar las atribuciones de decuriones. En consecuencia, la oblación a la curia les daba un título honroso aunque molesto, y al mismo tiempo, la fortuna de su padre.
- **Por *rescriptum principis***: introducida por Justiniano para el caso que no fuese posible el matrimonio con la concubina (por haber muerto o por haber desaparecido) y no existiesen hijos legítimos. Consistía en obtener del emperador un rescripto que permitiese la legitimación.

³⁵ ORTALAN, M, cit. (n 13), p. 128.

³⁶ Los curiales formaban el primer orden de la ciudad, y gozaban de muchos privilegios, pero a su vez los sometía a muchas obligaciones onerosas, que en vano trataban de evitar. El título de curiales se transmitía del padre a los hijos legítimos, los ciudadanos ricos podían hacerse admitir por la curia, ellos o sus hijos, y entrar así en la clase de los curiales. Pero el padre que quisiese proporcionar este honor a sus hijos debía asegurarles una fortuna que los hiciese capaces de aspirar a él. Los hijos naturales de un padre curial no sucedían en su título. Véase, ORTALAN, M, cit. (n 13), p. 130.

- **Por *testamento*:** si un padre que no tuviese más que hijos naturales no los legitimó en vida y al morir hubiese manifestado en su testamento el deseo que tenía de que lo fuesen, estos hijos se podían dirigir al emperador y obtener un rescripto que permitiese su legitimación, de esta manera serían herederos de su padre³⁷.

La legitimación exige el consentimiento del hijo que haya de legitimarse. Tiene por efecto conferir al padre la potestad paterna y assimilar el legitimado a los hijos legítimos bajo todos los conceptos, aún en lo que se refiere a las relaciones personales y el derecho de sucesión respecto de los parientes del padre y de la madre. La legitimación por oblación a la curia no obstante, sólo establecía relaciones de parentesco entre el padre y el hijo³⁸.

2.3 Por la adopción:

Adoptar es tomar bajo nuestra potestad una persona que antes no se encontraba sometida a ella³⁹.

La adopción es un acto solemne por el cual se recibe como hijo o nieto⁴⁰, a quien no estaba sometido a su potestad. Entre los romanos eran muy frecuentes porque facilitaban a los cognados el medio de ingresar en la familia agnaticia; la legitimación no apareció sino hasta los tiempos del Bajo Imperio, por lo que antes de ello, los hijos naturales eran adoptados y no legitimados⁴¹. En tal sentido Gayo⁴² nos dice que “no solamente están sometidos a nuestra *potestas*, según ya hemos dicho nuestros *liberi* sanguíneos, sino que también lo están aquéllos que adoptamos”.

³⁷ ORTALAN, M, cit. (n 13), p. 131.

³⁸ MAYNZ, Carlos, *Curso de derecho Romano*, (Buenos Aires, 1913), III, p. 106.

³⁹ *Ibíd*, p. 98.

⁴⁰ La adopción a título de nieto podía hacerse considerándolo como hijo de un hijo determinado, caso en el cual se requería consentimiento de este último o dando al adoptado la cualidad de nieto sin atribuirle padre, caso en el que era considerado como nepos quasi ex filio incerto. Vease, MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 101.

⁴¹ La adopción, tan frecuente en Roma, es una de estas instituciones que nunca llegaremos a comprender más que de una manera imperfecta; por falta de conocimientos suficientes de las costumbres romanas.

⁴² GAIUS, I. 97, cit. (n 7).

Es importante señalar que en el derecho antiguo y clásico encontramos diferencias profundas respecto de cómo fue regulada la adopción con respecto al derecho justiniano, tanto en las formalidades, como en los requisitos a exigir y sobre todo en los efectos que produce; el proceso de debilitación del concepto agnaticio de la familia y su suplantación por la familia natural se refleja en esta institución⁴³.

Requisitos generales de la adopción:

- El adoptante debe ser *sui iuris*
- Debe ser varón, para que pueda adquirir la patria potestad. “Esto no fue obstáculo para que en tiempo de Diocleciano se concediera también a la mujer el derecho de adoptar, como alivio de la pérdida de sus propios hijos, pero no adquiriría la patria potestad sobre el adoptado, ni éste se convertía en agnado suyo, sino solamente el derecho de obtener de ella alimentos y sucederla abintestato”⁴⁴.
- El adoptante debe ser capaz de procrear
- El adoptante debe tener por lo menos 18 años más que el adoptado si le adopta por hijo y treinta y seis si por nieto.
- No pueden ser adoptados los hijos propios que pueden ser legitimados.
- No se puede adoptar bajo condición o a término
- El que después de adoptar emancipa, no puede adoptarla de nuevo
- En general la adopción debe ser ventajosa al adoptado o al menos no serle perjudicial

Tipos de adopción: ambas diferían por sus formalidades,

- ***arrogación (adrogatio)***: adopción de una persona *sui iuris*, es decir de una persona independiente, destruyéndose la independencia jurídica del arrogado. El arrogado deja de ser paterfamilias, convirtiéndose en *alieni iuris*, acompañándole en el traspaso todos los miembros de la familia agnaticia de la cual él era jefe y sus bienes son absorbidos totalmente por el

⁴³ ARIAS RAMOS, José, cit. (n 16), II, p. 715.

⁴⁴ SERAFINI, Felipe, cit. (n 33), II, p. 336.

patrimonio del adoptante, al cual pasa civilmente todo el activo del adoptado. En sus primeros tiempos la arrogación sólo podía hacerse por un decreto del pueblo reunido en los comicios curiados, con una triple interrogación dirigida por el pontífice al arrogante, al arrogado y al pueblo. Los comicios luego fueron reemplazados por una asamblea de treinta lictores, bajo la presidencia del *pontifex Maximus*. En el derecho Justiniano la arrogación se verifica por *rescriptum principis* y la adopción por comparecencia ante el magistrado, sin que proceda la triple venta que antiguamente servía para liberar al hijo de la *patria potestas* a que anteriormente estaba sometido. A fines de la República y en los primeros tiempos del Imperio, hay ejemplos de adopciones hechas por testamento, lo cual es probable que sólo fuere una institución de heredero con la carga de llevar el nombre del difunto. Finalmente, se puede considerar que consagra una especie de adopción la ley de Constantino, por lo cual la persona que recogía, con conocimiento de los parientes, a un niño expuesto, estaba autorizado para conservarlo como hijo, bajo su potestad o como esclavo⁴⁵.

- ***adopción propiamente dicha (datio in adoptionem)***: esta es la adopción de un hijo de familia, cambiándose de esta manera el sujeto de la patria potestad, dicho de otra forma, la adopción de una persona que está sometida a otra potestad, el que sale de su grupo agnaticio original e ingresa al del *pater* adoptante adquiriendo el *nomen gentilium* y por tanto el correspondiente nuevo parentesco agnaticio. En consecuencia, una persona *alieni iuris* pasa de su primitiva familia a la del adoptante, quien adquiere la patria potestad del adoptado.

Este tipo de adopción en el antiguo derecho se efectuaba a través de tres ventas consecutivas, con el *pactum fiduciae* de manumitirlo y como consecuencia de las dos manumisiones el *pater* recobraba la *potestas* sobre el *filius*, a la tercera venta no subsigue una manumisión sino una *remancipatio* al

⁴⁵ Constantino, L.1, Th.C. de expositis 7, 5. cit. por MAYNZ, Carlos, cit. (n 37), III, p. 100.

pater contra el cual formula luego el adoptante una imaginaria reivindicación del *filius* como propio. Si se trataba de un nieto o de una hija, era suficiente una sola *mancipatio paterna*⁴⁶. Fue la legislación justiniana la que simplificó las formas de esta adopción, tomándose nota de la declaración concorde de las tres partes interesadas ante el magistrado del domicilio del adoptante⁴⁷.

El efecto de la adopción consiste en hacer que el adoptante adquiera la potestad paterna sobre el adoptado y como consecuencia de ello sufría una mínima *capitis deminutio* que le afectaba su condición personal y patrimonial⁴⁸.

En ambos tipos de adopción, el adoptado salía de su familia originaria y perdía los derechos de agnación que tenía; entrando a la familia adoptiva adquiriendo la cualidad de agnados.

En el aspecto patrimonial resulta interesa mencionar que en la arrogación se operaba una verdadera *successio per universitatem* del que arrogaba, en los bienes del arrogado; por ello en la arrogación se debía investigar si la operación era ventajosa para el futuro arrogado; sin embargo esta sucesión no afecta al adoptante en cuanto a las deudas del arrogado, las cuales se extinguían por faltar el sujeto obligado. Para solucionar esta injusta situación se le concedió a los acreedores que accionar contra el arrogado como si la *capitis deminutio* no hubiese tenido lugar.

En el derecho nuevo se modifica este aspecto en cuanto a que el padre arrogante no sucede *per universitatem* en el patrimonio sino sólo alcanza el usufructo de los bienes.

⁴⁶ IGLESIAS, Juan, *Derecho romano: instituciones de derecho privado*⁶ (Barcelona, 1972), p 535.

⁴⁷ Respecto al derecho histórico hay que recordar también como modos de adquirir la patria potestad: el *anniculi* y el *erroris causae probatio* véase, GAIUS, I, 29-31, cit. (n 7); el *maius vel minus Latium*, véase, GAIUS, I, 95-96, cit. (n 7), y la concesión de ciudadanía a un peregrino y a sus hijos, si al nuevo ciudadano se le concedía también al propio tiempo la patria potestad sobre estos hijos, véase, GAIUS, I, 93-94; III, 20, cit. (n 7).

⁴⁸ El adoptado por causa de la mancipación que tiene que sufrir, y también hay una *capitis deminutio* para el arrogado porque de *sui iuris* pasa a ser *alieni iuris*. Según un fragmento de Paulo, esta *capitis deminutio* alcanza también a los hijos que el arrogado tenía bajo su potestad y que a consecuencia de la arrogación caen con él bajo la potestad del arrogante. Sin embargo, hemos de recordar que la adopción, en lo que toca a la dignidad personal, jamás puede perjudicar al adoptado, pero puede serle provechosa cuando el adoptante es de una dignidad más elevada. Véase, MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 102.

En cuanto a la adopción propiamente dicha, Justiniano conservó sus efectos originarios sólo para el caso en que el adoptante sea ascendiente natural del hijo, *adoptio plena*; en los demás casos la potestad paterna subsiste y el padre adoptivo no adquiere potestad ni derecho sobre los bienes, *adoptio minus plena*, y su efecto es dar al adoptado un derecho de sucesión ab intestato en los bienes del padre adoptivo; derecho que puede desaparecer si el padre adoptivo emancipa al hijo o lo deshereda en su testamento.

3. Efectos de la patria potestas

Antes del fin de la República, el hijo bajo patria potestad era considerado libre e independiente bajo el punto de vista del derecho público; pero en el derecho privado el rigor del principio originario se debilitó muy lentamente.

Las facultades del padre con respecto al hijo eran semejantes a las del amo sobre el siervo, diferenciándose de éste, en el ámbito privado sólo en que la muerte del padre hacía independiente al hijo. La *patria potestas* significa, en el derecho romano, el pleno poder del padre sobre los hijos y los nietos.

El antiguo derecho romano no ponía límites al uso de estos graves poderes del paterfamilias. Sin embargo, no debemos juzgar esta rigurosa patria potestad romana sólo por su aspecto exclusivamente jurídico, puesto que ya desde los más remotos tiempos, era moralmente elevada la regulación de la conducta de los padres para con sus hijos, a pesar del poder absoluto que el derecho les concedía.

Si bien en el campo del derecho no había límite a la absoluta potestad del paterfamilias, de hecho habían límites consuetudinarios establecidos por los mores familiares; un ejemplo de ello es el “*iudicium domesticum*” que debía preceder a toda condena pronunciada por el paterfamilias, impuesto y sancionado por las costumbres⁴⁹.

⁴⁹ Originariamente existía una analogía o casi identidad entre el dominium de las cosas y la potestad del padre sobre los seres humanos pertenecientes a la familia; la mayoría de los textos donde se intenta combatir esta analogía carecen de importancia porque pertenecen a una época en que las costumbres, la jurisprudencia y aún la legislación habían impuesto a la patria potestas un carácter diferente.

Esta *patria potestas* del *paterfamilias* se manifiesta respecto de los hijos, en un ámbito personal y en uno patrimonial.

En cuanto a las relaciones personales entre el *paterfamilias* y los hijos, originariamente éstas se extendían a las facultades de corregir y castigar a los hijos (*ius vital et necis*), el derecho de vida y muerte (*ius vital necisque*), el derecho de exponer (*ius exponendi*) y a disponer de ellos, a través incluso de la enajenación (*ius vendendi, noxae datio*), algunas constituciones imperiales muestran que hasta el siglo sexto de la era cristiana los padres enajenaron sus hijos por dinero.

“El derecho de vida y muerte, que constituía al padre en juez o magistrado doméstico, es tan antiguo como la constitución romulea, y se halla también repetido en la legislación decenviral”⁵⁰.

El *paterfamilias* tenía la facultad de disponer de las cosas de la familia, e incluso de los hijos, llegando a tener el derecho a privarles de la vida; sin embargo, parece ser que el padre no utilizó esta dramática facultad sino con la asistencia de los próximos parientes o de otras personas notables, sin embargo no era indispensable para ejercer su poder, el cual sólo estaba moderado por el imperio de la opinión pública y por la acción de los censores⁵¹. Adriano encargó a los funcionarios públicos que castigasen el ejercicio arbitrario de aquella facultad.

En cuanto a la ilimitada facultad de matar o exponer a los recién nacidos, ésta fue restringida pero no abolida por Rómulo, a él se le tribuye una ley por la cual se limitó el derecho de exposición ordenando educar a todos los hijos e hijas primogénitas. No fue sino Constantino quien declaró parricidio la muerte de los hijos sin autorización del magistrado, siguiendo sus disposiciones otros emperadores cristianos. En el derecho justiniano tal poder de vida y muerte del *pater* sobre el *filiusfamilias* desaparece.

En cuanto al antiquísimo derecho de poder vender a los hijos que tenía bajo su potestad, éste fue limitado por Numa en el sentido de que el padre no podía vender a su hijo cuando le hubiere permitido casarse; y si el hijo hubiese cometido un delito, tenía derecho a

⁵⁰ SERAFINI, Felipe, cit. (n 33), II, p. 324.

⁵¹ MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, pp. 91-92.

entregarlo, mediante mancipación, a la persona perjudicada (*noxae dare*).

Cuando el padre ejerce la facultad de venta sobre sus hijos, quedan sometidos al comprador en una situación intermedia entre la del hijo y de siervo, esto es, siguen siendo considerados libres en el ámbito de la vida pública pero su condición de sujeción al comprador es perpetua como la de los esclavos; esta forma de cuasiesclavitud tendió a desaparecer en la época clásica⁵².

Estas enajenaciones, en la mayoría de los casos se hacían probablemente *confiducia*, sea para producir el resultado de un contrato de arrendamiento, o por pura ficción para dar una forma civil a la emancipación y a la adopción.

Este derecho no fue legalmente abolido sino hasta Justiniano, quien sólo lo permitió en casos de extrema pobreza, respecto de los recién nacidos.

En consecuencia, el derecho absoluto que el padre de familia había tenido originariamente sobre las personas de sus hijos, bajo Justiniano, es reducido a un derecho de corrección moderada, que debía ejercerse bajo la vigilancia de la autoridad pública.

Finalmente resulta interesante mencionar que el paterfamilias al principio podía ejercer sus derechos a través del medio legal llamado *rei vindicatio*, con la cual se perseguía la restitución de los hijos como cualquier otra cosa que le pertenecía *ex iure Quiritium*. Todavía el Digesto le concede esta acción pero dejando claro que no es una acción de propiedad ordinaria la que se hace valer.

En el ámbito de las relaciones patrimoniales, el pater era dueño único y absoluto del patrimonio familiar. Todo lo que el hijo sometido a patria potestad adquiría, pertenecía al jefe de la familia; lo cual significaba que el hijo, mientras viva el padre o éste no le emancipe, jurídicamente nada posee.

Sin embargo, en esta materia hubo una importante evolución desde el viejo *ius civile*, pues inicialmente el *pater* no respondía por las deudas del hijo, situación que se modificó bajo ciertas condiciones (doctrina de las acciones *adiecticiae qualitatis*); y por

⁵² SAMPER POLO, Francisco, cit. (n 25), p. 194.

otra parte se le fueron reconociendo al hijo la titularidad de derechos patrimoniales (doctrina de los peculios)⁵³.

4. Extinción de la patria potestas

La idea moderna de que al alcanzar el hijo una cierta edad deja de estar sometido a la autoridad paterna es ajena a la *patria potestas* romana, ésta dura toda la vida del *paterfamilias*, cualquiera sea la edad de los *fili*⁵⁴.

La potestad del padre sobre los hijos termina con la muerte de éste, pero los nietos no se hacen independientes, sino que continúan bajo el poder de su propio padre.

Asimismo pone fin a la *patria potestas*:

- La muerte del hijo de familia extingue para siempre la potestad
- La *capitis deminutio* del padre o del hijo de familia. La muerte civil, es decir la *capitis deminutio maxima*, tanto del padre como del hijo, al extinguir los derechos civiles, disuelve igualmente la potestad paterna; asimismo extingue en la persona del que la ha sufrido todos los derechos de sucesión, aún los fundados en la simple cognación. La *mínima capitis deminutio* pone igualmente fin a la potestad, ya sea que el padre de familia pase por arrogación bajo la potestad de otro (en cuyo caso somete sus hijos a la misma potestad), ya sea que el hijo de familia haya sido dado en adopción, con tal que, en este último caso, el padre adoptivo sea ascendiente del adoptado; esta *mínima capitis deminutio* extingue los derechos puramente civiles, especialmente los derechos de agnación, pero no altera la cognación y deja por consiguiente subsistentes los derechos de sucesión que derivan de aquella. Asimismo la *capitis deminutio media* al perder el *pater* su condición de ciudadano.
- La arrogación y la adopción plena

⁵³ ARIAS RAMOS, José, cit. (n 16), II, p. 725.

⁵⁴ *ibid*, p. 728.

- Ciertas dignidades civiles o eclesiásticas obtenidas por el hijo de familia, reputadas como incompatibles con la sujeción a la patria potestad
- Exposición del hijo y prostitución de la hija; celebración de un matrimonio incestuoso por parte del padre⁵⁵
- La emancipación, que es el término de la patria potestad por un acto voluntario y solemne del *paterfamilias*, renunciando a ella, haciéndolo de esta forma independiente. Exige consentimiento del padre y del hijo y cumplir con ciertas formalidades, para lo cual debemos distinguir tres especies de emancipación:

La antigua, la anastasiana y la justiniana. La primera se hacía a través de tres ventas sucesivas (*mancipationes*), seguidas de otras tantas liberaciones o *manumisiones*; a la tercera manumisión el hijo rompía sus vínculos agnaticios, pero quedaba sujeto al derecho de patronato del manumisor, por ello se acostumbraba que el manumisor lo vendiera por única y última vez al *pater* para que fuera éste el que en definitiva hiciera la última *manumisión*, quedando él con el derecho de patronato y los correspondientes derechos hereditarios respecto del hijo emancipado⁵⁶. En la segunda, el padre dirigía por escrito una súplica al emperador para que éste a través de un rescripto emancipara al hijo, el cual se inscribía en los archivos públicos; es aplicable en caso de ausencia del hijo. La última se hacía por una declaración del padre con anuencia del hijo, ante el magistrado.

Los hijos emancipados se hacen *sui iuris* (pasando a tener patrimonio y capacidad para formar su propia familia agnaticia) y pierden todo vínculo civil con el antiguo jefe “aun cuando el pretor reconoce entre ellos ciertas relaciones en el orden de la sucesión semejantes a las que engendra la clientela”⁵⁷.

Es importante señalar que en cuanto a los efectos de la emancipación en los peculios, hay que distinguir el peculio

⁵⁵ IGLESIAS, Juan, cit. (n 46), p 540.

⁵⁶ TOPASIO FERRETTI, Aldo, cit. (n 2), pp. 429-430

⁵⁷ SAMPER POLO, Francisco, cit. (n 25), p.194.

profecticio (el hijo adquiere la propiedad cuando expresamente no se le priva de ella) del adventicio (el padre conserva la mitad en usufructo como premio de la emancipación).

Como hemos señalado la emancipación es un acto que depende de la voluntad del padre, sin embargo existían casos en que éste estaba obligado a emancipar, por ejemplo:

- a) cuando el padre hace al hijo objeto de malos tratos
- b) cuando el impúber que fue adoptado se ha hecho púber y desea ser emancipado
- c) cuando la emancipación de hijo figura como condición en una disposición testamentaria otorgada a su favor⁵⁸.

▪ ***Efectos de la extinción de la patria potestas:***

En esta materia debemos distinguir tres posibilidades:

- 1) El hijo queda sometido a una nueva *potestas* o a una *manus*. En caso de adopción, el hijo continuaba *in potestate patris adoptivi*. Cuando el hijo estaba *in potestate* de su abuelo y éste moría, pasaba el hijo a estar sometido a la *potestas* de su padre, si éste vivía aún y no había sido emancipado por el abuelo.
- 2) El hijo quedaba libre de *potestas* y adquiría, como los romanos dicen, una *potestas* sobre sí mismo, *in suma tutelam et potestatem pervenit*. Esto es, adquiría la condición de *sui iuris* (=suae potestatis).
- 3) No ocurría ninguno de los casos anteriores si el hijo moría o sufría una *capitis deminutio maxima o media*⁵⁹.

⁵⁸ IGLESIAS, Juan, cit. (n 46), p 541

⁵⁹ SCHULZ, Fritz, cit. (n 7), p.150.

1. Generalidades

En el antiguo derecho romano las mujeres casadas solían entrar a formar parte de la familia del marido, supeditándose a la misma potestad y rompiendo todo vínculo con la familia de que procedían. Esta supeditación constituía la “*conventio in manum*”, según la cual la esposa (*uxor in manu*) se hacía *filiafamilias*⁶⁰. Y quedaba sometida al *paterfamilias*.

Por dicho cambio de familia se producía una *capitis diminutio minima*. Si la mujer era *sui iuris*, ella perdía su capacidad patrimonial y todos sus bienes pasaban a su marido como dote. Como contrapartida, entraba dentro de la sucesión legítima de su marido en la misma posición que una hija⁶¹.

“*Manus Potestas*” es el término técnico con el cual se designa el poder jurídico que el marido o el *paterfamilias* podía ejercer en el antiguo derecho sobre la mujer casada; la mujer *in manu* quedaba como hija de su marido (*loco filiae*) y hermana agnada de sus hijos; y si el marido era *alieni iuris* ella entraba bajo la potestad de su suegro como nieta (*loco neptis*), “en estos casos la *manus*, siempre del marido, quedaba como absorbida en la patria potestad bajo la que el marido se hallaba”⁶², cabe mencionar que su ejercicio por regla general, no incluía el poder de vida o muerte.

La *manus* es un poder eventual que el marido tiene sobre su mujer y se dice “poder eventual”, porque no todas las mujeres estaban sujetas a la mano marital, pues la *manus* no era necesaria para la existencia del matrimonio, el cual podía perfectamente ser *sine manu*, sin perder nada de su esencia⁶³.

Asimismo, la *manus* no se identifica con el matrimonio en el sentido de que se podía adquirir respecto de niñas sin edad

⁶⁰ Su posición jurídica de *filiafamilias* no impedía que a título de honor se le llamase *materfamilias*. La reina es súbdita del rey. Véase BONFANTE, Pedro, cit. (n 10), p.153.

⁶¹ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, El origen de los poderes del “*paterfamilias*”, II: El “*paterfamilias*” y la “*manus*”, en REHJ. 29 (2007), [en línea]. Disponible en: <http://goo.gl/RvRgZ>, p. 52.

⁶² D’ORS, Álvaro, Derecho romano privado (Pamplona, 1983), p. 218.

⁶³ SERAFINI, Felipe, cit. (n 33), I, p. 183.

matrimonial, pero destinadas a ese matrimonio y también retenerse respecto de la divorciada, la potestad del suegro se mantiene sobre las nueras viudas o divorciadas sin extinción de la *manus*.

Por último, podía darse una *manus* sin intención matrimonial (*coemptio fiduciaria*), cuando se utilizaba para extinguir el parentesco de agnación con la familia de origen y extinguirse seguidamente la *manus* constituida tan solo para ese fin⁶⁴.

2. Evolución de la *manus* hacia el matrimonio libre

La *conventio in manu* fue una de las primeras instituciones que cedió frente al nuevo espíritu social de los nuevos tiempos, sufriendo los efectos de la revolución moral y civil que sucedió a las guerras púnicas.

El matrimonio *cum manu* se va haciendo menos frecuente, y acaba por desaparecer en la época imperial, desplazado por el matrimonio *sine manu*, en el que la mujer sigue bajo la potestad de su padre o como *sui iuris*, manteniendo sus derechos hereditarios como hija y adquiriendo derechos en la sucesión de su marido como también derecho a alimentos. En definitiva fue Justiniano quien eliminó toda referencia a la *manus*.

Esta forma libre de matrimonio, que surge hacia principios del siglo II A. C. denominado genéricamente como matrimonio libre o *sine manu*, sin solemnidades y sin *manus*, se formaba por el simple consentimiento⁶⁵.

En el matrimonio libre, es decir, sin *manus*, el principio de la subordinación de un cónyuge al otro fue sustituido por el principio de la igualdad entre ellos, se comienza a distinguir claramente el derecho matrimonial del derecho de los hijos, haciéndose ostensible para el derecho la diferencia entre la relación conyugal y la paterno-filial.

En el matrimonio libre la potestad ya no era un remedo de la *patria potestas*, sino una potestad marital independiente y propia, era la potestad marital del *jus Gentium* (del derecho romano en su evolución posterior), mientras que la potestad marital del *jus civile*

⁶⁴ D'ORS, Álvaro, cit. (n 62), p. 218.

⁶⁵ Aun cuando algunos autores creen que era menester la tradición, o sea, la traslación de la mujer a la casa conyugal. Véase LAZO, Santiago, cit. (n 11), p. 56.

(del derecho romano atrasado, primitivo), no era otra cosa que la misma *patria potestas*.

En consecuencia, y en cuanto al vínculo de familia romana, la extinción de la *conventio in manum* trajo consigo el efecto de que la mujer pertenece a una familia diversa de la del marido y de los propios hijos.

3. Fuentes de la manus

Como cosa previa, se hace necesario mencionar la discusión acerca de la relación entre el matrimonio y la *manus*, materia sobre la cual hay variadas teorías; la tesis tradicional postula que las formas de entrar en la *manus* serían en verdad maneras de contraer matrimonio, siendo la *manus* y el matrimonio idénticos, si no para todo el período Preclásico, a lo menos para la etapa Arcaica⁶⁶. Frente a esta posición, ya Bonfante expresa sus dudas respecto a la equiparación entre formas de entrar en la *manus* y formas de matrimonio, especialmente por la dificultad que se presenta al intentar asimilar el *usus* a alguna forma de matrimonio⁶⁷.

Desde esta base, Volterra, en una serie de trabajos de la mayor importancia para el Derecho Familiar Romano atacó la teoría tradicional violentamente, señalando que en verdad la distinción entre matrimonio *cum* y *sine manu* no es romana, constituyendo dos instituciones distintas desde los orígenes mismos de Roma. El matrimonio sería, de conformidad a este autor, una *res facti*, mientras que la *manus* sería una relación de carácter jurídico que pone a la mujer dentro de la familia de su marido, y si bien están íntimamente relacionadas, mantendrían una independencia conceptual. Así, siempre el matrimonio sería una misma cosa, el cual puede estar revestido o no de *manus*⁶⁸.

Desde el punto de vista quiritario y de la potestad atribuida al marido respecto de la persona y bienes de su mujer, según Gayo se

⁶⁶ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, El origen de los poderes del “paterfamilias”, II: El “paterfamilias” y la “manus”, en REHJ. 29 (2007), p. 53.

⁶⁷ BONFANTE, Pietro, *Corso di diritto romano*, I: *Diritto di famiglia* (reimp. Milano, 1963, Giuffrè), pp. 57 ss., cit. por AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, ibid.

⁶⁸ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, cit. (n 66), p. 54.

requerían formas solemnes para la adquisición de esa *potestas* denominada *manus*. Esas solemnidades que acompañaban al matrimonio fueron la **confarreatio, la coemptio y el usus**⁶⁹.

➤ **La confarreatio o confarreatio:** ceremonia religiosa en la cual los esposos, con la presencia del *Pontifex maximus*, asistido del *flamen dialis*⁷⁰ y de 10 testigos⁷¹, ofrecían a Jove (Júpiter) una torta de trigo (*farro*)⁷², y pronunciaban ciertas palabras sacramentales y solemnes.

Institución aplicable exclusivamente a los patricios y su efecto consistía en que sólo los hijos nacidos de nupcias confarreadas podían aspirar a posiciones sacerdotales. Sin embargo, el uso de esta institución fue cada vez restringiéndose más y en tiempo de Gayo sólo se utilizaba para habilitar a los hijos para el sacerdocio. Ya desde el tiempo de Cicerón debía estar poco en práctica.

➤ **La coemptio o coemptio:** se elaboró con posterioridad a la ley de las Doce Tablas, con la finalidad de permitir a los plebeyos que se casaban y que no podían hacer uso de la *confarreatio* para establecer la *manus* en el mismo momento del matrimonio. Era una venta simbólica hecha a través de la *mancipatio* y en presencia de cinco testigos y del *libripens* o *libripeus*⁷³ y desde entonces la mujer pertenecía al marido. En esta ceremonia el esposo golpeaba la balanza con una moneda de cobre, que entregaba al vendedor de la mujer, su padre o tutor; en seguida preguntaba el esposo a la mujer si quería formar parte de su familia y ella a su vez le dirigía la misma pregunta, lo que determinaba el objeto y las condiciones de la venta⁷⁴.

⁶⁹ HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, cit. (n 27), p. 7.

⁷⁰ Alto sacerdote de Júpiter y por ende un cargo importante en la religión del impero romano.

⁷¹ La presencia de diez testigos, como representantes de las diez curias podría hacer creer que la *confarreatio* era originariamente un modo propio de una de las tribus originarias de Roma, la cual, por causa del *flamen dialis*, parece a algunos autores que debió ser la de los Ramnenses, mientras que otros prefieren darle un origen sabino o etrusco, página 153 de los derechos de familia).

⁷² De ahí el nombre de esta institución

⁷³ En el Derecho Romano se llamaba así el funcionario que tenía a su cargo el empleo de la balanza que servía para pesar el metal que en determinados actos jurídicos, como la *mancipatio* y el *nexum*, entregaba una de las partes a la otra en concepto de pago.

⁷⁴ LAZO, Santiago, cit. (n 11), p. 55.

Este modo de mancipación se empleaba también, en ciertos casos, *fiduciae causa*, es decir para alcanzar o encubrir otro objeto, distinto de la sumisión de la mujer al poder marital, por ejemplo para permitir a la mujer la salida de su familia y librarse de la grave tutela agnaticia, hacer testamento, cambiar de tutor; de hecho en tiempos de Gayo la *coemptio* sólo servía para esto último.

“Cuando la *coemptio* se celebra sin consideración a matrimonio, ni actual ni previsto, suele tener la finalidad de extinguir los vínculos de parentesco que unen a la mujer con su anterior familia (*coemptio fiduciaria*), por lo que se completa con una ceremonia extintiva de la *manus* recién adquirida, de manera que la mujer venga a convertirse en *sui iuris*”⁷⁵.

En el caso de que no se hubiera cumplido con las solemnidades de estas dos formas anteriores, la mujer no entraba en la familia del marido y permanecía en la propia sujeta a la *patria potestas* de su *paterfamilias* de origen; sin embargo, el matrimonio era válido y legítimo por cuanto era una relación independiente de estas formas. Pero transcurrido un año de convivencia en la casa del marido, la mujer quedaba sujeta a la *manus* y se hacía *filiafamilias* de la nueva familia, de acuerdo al “*usus*”.

➤ **El *usus* o *usu*:** podríamos decir que consistía en una especie de usucapión, en la cual el marido adquiría la *manus* marital luego de cohabitar un año consecutivo con su mujer. Sin embargo, según una disposición particular de la ley de las Doce Tablas, la mujer podía evitar este efecto e interrumpir la posesión, alejándose durante tres noches consecutivas del hogar marital, el “*trinoctium*”

El no adquirir el marido la *manus* sobre su mujer era de vital importancia para ella pues ésta conservaba la propiedad de sus bienes extradotales; pues si se sujetaba a la *manus* marital se hacía como hija de su marido (*loco filiae*), pasando todo su patrimonio a título universal a su marido.

Según un pasaje de Cicerón parece que este modo de adquisición sólo se aplicaba a las mujeres que estaban bajo potestad y que la mujer *sui iuris*, como persona libre, no podía a

⁷⁵ SAMPER POLO, Francisco, cit. (n 25), p. 195.

menos de someterse voluntariamente a la *manus*, ser poseída ni adquirida⁷⁶.

Bajo los Antoninos⁷⁷ en parte por obra de las leyes, en parte por desuso, fue abolido completamente.

En consecuencia, no sólo por el matrimonio la mujer caía en la *manus*, pues para obtener este poder eran necesarios estos actos especiales de adquisición.

4. Efectos de la manus

El efecto inmediato de la *conventio in manum* sobre la mujer casada es dejarla bajo la *manus* de su marido *sui iuris*, y por ende en la condición de *alieni iuris*.

Al adquirir el marido la *manus*, adquiría un poder marital omnímodo sobre la mujer, poder que le otorgaba una potestad no sólo sobre sus bienes sino también sobre su persona; así los bienes pasaban íntegramente al marido y la mujer rompía sus vínculos con su *pater*; tanto la mujer como sus bienes salían de su familia y entraban en la familia del marido o del jefe de éste, como una hija o una nieta.

La mujer *in manu* estaba bajo la dirección y tutela del *pater* no pudiendo compartir con éste ni la administración ni el gobierno de la casa, pues desde el punto de vista legal era una hermana de los hijos, siendo la mujer uno de los súbditos de la familia agnaticia.

Si la mujer que se sometía a la *manus* era antes *sui iuris* la *conventio in manum* se asimila a la *arrogatio* y el patrimonio que tuviera es absorbido, igual que el del arrogado, por el *paterfamilias* titular de la *manus*⁷⁸. Asimismo sus créditos se hacen del marido y se extinguen las deudas.

La *manus* implicaba naturalmente una *capitis deminutio* que causaba la anulación de la persona de la mujer, tanto en el aspecto patrimonial como en cuanto a sus deudas. Para remediar este estado de cosas, el derecho pretorio otorgó a los acreedores una *in integrum restitutio* con la que se rescinde la *capitis deminutio*, en

⁷⁶ MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 153.

⁷⁷ La **dinastía Antonina** fue la casa reinante en el Imperio romano de 96 a 192 (siendo 96 años, la dinastía más longeva).

⁷⁸ ARIAS RAMOS, José, cit. (n 16), II, p. 728.

virtud de lo cual el acreedor puede ejercer una *actio utilis resisa capitis deminutione* con ficción de no haber tenido lugar la *conventio in manum*, para permitirle cobrar las deudas extinguidas; en caso de indefensión, le concede una *missio in bona* sobre los bienes que de la mujer llegaron al marido⁷⁹.

Como ya hemos señalado, los derechos del marido se hallaban mucho más limitados respecto a la mujer que los del padre respecto a los hijos, “en un solo caso tenía derecho de vida y muerte sobre la mujer, y era cuando la sorprendía en flagrante adulterio, y aun en dicho caso debía matar al adúltero⁸⁰, “En los demás casos debía convocar a un consejo de parientes, que podía, en los tiempos más remotos llegar a imponer la muerte y, más tarde, decretar el divorcio”⁸¹.

Otro efecto de la *manus* era establecer a la mujer como heredera de quien en cuya *manus* está, por cuanto está en situación de hija; asimismo la nuera que está en la *manus* del hijo, pues está en la situación de nieta. Pero solamente será heredera “suya” si el hijo a cuya *manus* está sometida no estuviese, al morir el padre, en la potestad de él. Lo mismo decimos de aquella que está en la *manus* del nieto por causa del matrimonio, porque está en situación de bisnieta⁸².

Sin embargo, no debemos confundir los efectos propios de la *manus* con las relaciones entre los cónyuges que provenían directamente de la relación matrimonial, así podemos mencionar por ejemplo, que se debían fidelidad mutua, el marido debía recibir a su mujer en la casa conyugal y la mujer debía seguir a su marido a donde éste trasladara su residencia.

En el aspecto patrimonial, resulta trascendente hacer hincapié en la distinción entre los matrimonios con *manus* y los libres.

- **Matrimonios con *manus*:** todo el patrimonio de la mujer anterior al matrimonio y cuanto adquiría durante el mismo, ingresaba al patrimonio del marido, quien no respondía de las deudas de ella, salvo que proviniesen de herencia o depósito, en cuyo caso, si el

⁷⁹ GUZMAN BRITO, Alejandro, *Derecho privado romano*, (Santiago, 1996), I, p. 354.

⁸⁰ SERAFINI, Felipe, cit. (n 33), II, p. 285.

⁸¹ LAZO, Santiago, cit. (n 11), p. 59

⁸² ARIAS RAMOS, José, cit. (n 16), II, p. 1035.

marido no pagaba, podían los acreedores vender los bienes de aquella. En cuanto a las donaciones entre esposos, éstas no caben porque la mujer carecía de bienes propios.

- **Matrimonios libres:** la mujer no dependía del marido en ningún sentido, y si ésta no estaba sujeta a patria potestad o tutela, tenía la libre propiedad y administración de sus bienes⁸³. En cuanto a las donaciones, a pesar de que aparentemente eran posibles, desde los tiempos más remotos se les negó validez, porque se quería evitar que un cónyuge abusase de la ternura conyugal para enriquecerse a expensas de otro; en consecuencia, todo acto de donación hecho durante el matrimonio por uno de los cónyuges a favor del otro era nulo⁸⁴.

5. Formas de extinción de la *manus*

Para extinguir la *manus* no bastaba la sola disolución del matrimonio⁸⁵, puesto que para hacer cesar la *manus*, era preciso un acto que diese la liberación a la mujer; en consecuencia la disolución del matrimonio no lleva consigo necesariamente la extinción de la potestad, así como también puede extinguirse la potestad sin haberse disuelto el matrimonio; por supuesto hay hipótesis en que desaparece tanto el matrimonio como la potestad al mismo tiempo.

El lazo creado por la *confarreatio* parece haber sido indisoluble al principio, pero más tarde nos encontramos con la *difarreatio*, que era un acto solemne que ponía término al matrimonio y al poder marital. “*Difarreatio*” era una clase de sacrificio que producía la separación entre el marido y la mujer; llamada *difarreatio*, porque se hacía utilizando el pan de *farreum*⁸⁶.

Por otra parte, la *manus* adquirida a través de la *coemptio* o por el *usus* se extinguía a través de una emancipación, análoga a la de los hijos de familia. El antiguo marido (o su jefe de familia) mancipaba la mujer *fiduciae causa* a un tercero que la manumitía o

⁸³LAZO, Santiago, cit. (n 11), pp. 59 y 60.

⁸⁴MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 63.

⁸⁵A menos por supuesto que la causa de la disolución hubiere sido la muerte del marido *sui iuris*.

⁸⁶ARIAS RAMOS, José, cit. (n 16), II, p. 1042.

la remancipaba al marido para que éste pudiese proceder a la emancipación⁸⁷.

Podemos señalar entonces, como causas de la extinción de la *manus* las siguientes, sin perjuicio que en algunos casos también se extingue el matrimonio:

- 1) La muerte del marido *sui iuris*, caso en que la mujer adquiere esta misma calidad, si bien deba ser sometida a *tutela mulieris*. En cambio si el marido era *alieni iuris*, su muerte, aunque extingue el matrimonio, subsiste la *manus*, que la conserva el *pater* del fallecido. La muerte de la mujer por supuesto, también extingue el poder en cualquier evento.
- 2) La caída en esclavitud del marido *sui iuris* (o de su *pater*) o de la mujer extingue también la *manus*, junto con el matrimonio. Si ello acaeció por cautividad, el retorno del cautivo a Roma hace revivir el poder en virtud del *postliminium*, pero no el matrimonio, porque aquel es un poder jurídico y no un mero hecho como éste. Aquí nos encontramos con una *manus* sin matrimonio. Similar efecto extintivo produce la pérdida de la ciudadanía de la mujer o del marido, aunque, en el primer caso, no se extinga el matrimonio; aquello porque un poder civil como es la *manus* no puede ser ejercido por o sobre no ciudadanos.
- 3) Mediante un acto voluntario del marido, con o sin disolución del matrimonio por divorcio, que adopta una doble forma: i) la *difarreatio* y ii) la emancipación, analizadas con anterioridad⁸⁸.

⁸⁷ MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 155.

⁸⁸ GUZMAN BRITO, Alejandro, cit. (n 79), p. 355.

CAPITULO IV. EL SERVUS Y LA DOMINICA POTESTAS

1. Status libertis y el esclavo

1.1. Origen y evolución del Status Servi

Al referirnos a los requisitos consagrados por el derecho romano para ser sujetos de derecho, señalamos que un presupuesto esencial era detentar la condición de persona libre, es decir tener el estado de libertad o status *libertatis*.

Al respecto Bonfante⁸⁹ nos advierte que las instituciones definen a la libertad como “aquella facultad natural de hacer lo que se quiere, menos lo que esta vedado por el derecho o impedido por la violencia”.

Las personas que no gozaban del *status libertatis* eran los esclavos, designados en las fuentes con las expresiones genéricas *servus*, *mancipium* o simplemente *homo o puer*, según la edad y la esclava, *ancilla*, *serva*⁹⁰.

El *servus*, se encontraba bajo la servidumbre de su dueño, como los otros bienes integrantes de su dominio. “La servidumbre es una institución, por la cual se halla un hombre sometido a otro hombre contra la libertad natural, de tal modo que carece en absoluto de personalidad y es considerado como una cosa”⁹¹. La gran diferencia entre libres y esclavos como expone Ortalan⁹² es que el hombre libre tiene derecho de hacerlo todo, salvo lo que la ley le prohíbe; en cambio el esclavo no puede hacer nada, excepto lo que la ley le permite.

La esclavitud hoy se nos revela como una institución reprobada y rechazada en casi todos los países del mundo y la libertad por su parte, aparece resguardada como derecho perteneciente a todos, por las cartas fundamentales de las naciones⁹³, pero era muy

⁸⁹ BONFANTE, Pedro, cit. (n 10), p. 41.

⁹⁰ ARIAS RAMOS, José, cit. (n 16), p. 60.

⁹¹ LAZO, Santiago, cit. (n 11), p. 19.

⁹² ORTALAN, cit. (n 13), p. 48.

⁹³ En nuestra Constitución la libertad está ampliamente resguardada como derecho fundamental tanto es así que el artículo primero de la misma parte diciendo que “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

frecuente en la antigüedad sobre todo en los tiempos primitivos, siendo común a todos los pueblos y por tanto regulada por el *iuris gentium*, tanto es así que Aristóteles, defensor de la misma, llegó a afirmar que la esclavitud "era natural y legítima". Sobre lo mismo y reafirmando esta idea, nos dice que "ya desde el nacimiento, salen unos para ser mandados y otros para mandar..."⁹⁴. Sin embargo los juristas romanos exponen que "conforme al *iure naturali*, todos los hombres nacen libres; solamente la ley positiva crea diferencias entre ellos"⁹⁵.

En la época arcaica los romanos practicaron la esclavitud a pequeña escala utilizando un número reducido de esclavos como trabajadores agrícolas y sirvientes, por lo que el esclavo era bien considerado al ser necesario para su dueño, es así como en las XII Tablas (8, 3) se establecen multas para castigar las lesiones corporales, justamente con 150 ases, las causadas a esclavos⁹⁶.

En los albores de la República, vemos que poco a poco el desarrollo del mercado y los conflictos bélicos de expansión propiciadas por el pueblo romano conllevaron al aumento del número de esclavos. Además de las funciones ya mencionadas, a los siervos se le empleaba en el comercio como vendedores y mercaderes y también en la navegación como marineros y patrones y en las artes mecánicas como operarios. Estas labores eran reservadas a los esclavos pues el ciudadano romano se excluía del desempeño de las mismas, al catalogarlas de actividades vejatorias.

Precisamente la mayor difusión de esta institución lo vemos en los últimos siglos de la República y en los primeros del Imperio; pero junto a este crecimiento de la masa de esclavos, el maltrato a los mismos empeoró, situación que derivó en la sublevación por parte de estos. Al respecto destaca la llevada a cabo por Espartaco, que puso en riesgo al propio estado romano.

Frente a tal escenario se temía que a consecuencia de las concesiones de libertad a los mismos, esta masa numérica se

⁹⁴ ARISTÓTELES, *Política*, (Santiago 2006), pp. 10-11.

⁹⁵ BONFANTE, Pedro, cit. (n 10), p. 42; D. 50.17.32 de Ulpiano: Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur; non tamen et iure naturali, quia, quot ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt (por lo que atañe al derecho civil, los siervos se consideran como nada: no, sin embargo, por derecho natural, ya que, por lo que al derecho natural respecta, todos los hombres son iguales).

⁹⁶ KASER, Max, *Derecho romano privado*² (Madrid, 1982), p. 76.

transformara en una fuerza política y enemiga de los ciudadanos romanos. Fue así que bajo Augusto se introdujeron limitaciones al otorgamiento de libertad mediante la manumisión⁹⁷.

Estas reformas fueron incorporadas legislativamente, a través de diversas leyes dentro de las cuales podemos distinguir las siguientes: “la *lex Iulia de adulteriis* (18a. C.), que prohibió la manumisión de un esclavo por su dueña antes de los 60 días posteriores al divorcio; la *lex Fufia Caninia* (2a. C.), limitó el número de las manumisiones testamentarias a un número proporcional a los esclavos del testador⁹⁸; la *lex Aelia Sentia* (4d. C.) exigió 20 años de edad en todo manumisor y 30 en el manumitido, salvo casos justificados para el magistrado ante el que se manumitía *vindicta*⁹⁹ y prohibió la manumisión testamentaria por un insolvente, se exceptuaba el caso de que el manumitido fuera el único heredero, para evitar la caída del testamento y la *proscriptio bonorum* a nombre del difunto”¹⁰⁰, asimismo esta ley declaró nulas las manumisiones hechas en fraude de los acreedores o del patrono, ésta es aquella efectuada cuando no habían más bienes para satisfacer las deudas y sancionaba con la condición de *peregrini dediticii* al esclavo delincuente que fue manumitido¹⁰¹. Justiniano derogó gran parte de estas restricciones dejando sólo subsistente las prohibiciones por falta de edad¹⁰² y la declaración de nulidad por fraude.

En el principado vemos que el número de esclavos se mantiene, esta situación se debe “más que a las manumisiones masivas, al hecho de que prácticamente después de Trajano y Adriano ya no hay guerras de conquista”¹⁰³.

Pero ya en el Bajo Imperio, advertimos que la esclavitud empezó a decaer. La labor obrera entregada por los esclavos fue

⁹⁷ En cuanto a las causas de estas restricciones, podemos indicar que no sólo se debieron a razones políticas, pues también encontraron su fundamento en motivos raciales incluso morales; precisamente los dueños abusaron de ellas pues hallaron una suerte de negocio al condicionar la libertad a un pago efectuado por el esclavo.

⁹⁸ GAIUS, I. 42-43, cit. (n 7).

⁹⁹ GAIUS, I. 38, ibid.

¹⁰⁰ D’ORS, Álvaro, cit. (n 60), p. 282

¹⁰¹ GAIUS, I. 47, cit. (n 7).

¹⁰² Se rebajo la edad necesaria para manumitir primero a 17 años y después a 14.

¹⁰³ MIQUEL, Joan, Derecho privado romano (Madrid, 1992), p. 60.

“suplantada por el colonato y por la transmisión hereditaria de los oficios”¹⁰⁴

El cristianismo influyó también en este mejoramiento del trato concedido a los esclavos. Estos propiciaron la eliminación de las restricciones a la manumisión. Al respecto “la epístola de San Pablo a Filemón es la más clara exposición de la actitud, decidida y prudente a la vez, de la iglesia frente al complejo problema social de la esclavitud”¹⁰⁵.

Justiniano por su parte introdujo reformas en pos de la protección del *servus*. Pero la disminución de los esclavos y su mejor posición no significó en ningún caso la abolición de la esclavitud.

1.2 Acciones relativas a la libertad

En el evento de controversia sobre la calidad de esclavo o libre de un hombre, el derecho reguló el procedimiento aplicable, denominado *causa liberalis*¹⁰⁶.

Esta acción se concede tanto al que se pretende libre como al que decía ser dueño. Detenta tanto en el derecho antiguo como clásico el carácter de real y se tramita como **Vindicationes** ante un tribunal centuviral: **in servitute** cuando reclamaba el dueño contra un aparente libre; **in libertatem** cuando un *adsertor libertatis* defendía la libertad de un aparente esclavo.

El derecho a ejercer la *Vindictio in libertatem*, corresponde, además del pretendido libre, al que tiene interés en que alguien no se halle en estado de esclavitud, especialmente al padre, a la madre, a los hijos, incluso a los cognados, así como al patrón del manumitido¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Los colonos son aquellos individuos que no obstante tener personalidad jurídica de libre, se hayan vinculados permanentemente al fundo por ellos cultivados. El colonato, por tanto, es un estado intermedio entre la libertad y la esclavitud, ya que este no puede separarse del fundo, bajo pena de ser encadenados y sometidos a esclavitud,. Esta condición era hereditaria o adquirida voluntariamente, y termina por la manumisión, pero también por la adquisición del fundo a que hayan adscritos o por la obtención de la dignidad episcopal. véase ARANGIO RUIZ, Vincenzo, cit. (n 18), p. 56.

¹⁰⁵ En esta epístola vemos la intercesión de Pablo por el esclavo Onésimo que había huido de la casa de su amo Filemón de Colosas. Pablo ordena a Onésimo que regrese junto a Filemón, dando claramente a entender que no intenta cambiar de improviso la estructura social existente. Frente a tal situación, Pablo no le pide a Filemón directamente la liberación de Onésimo, sino que le perdona y acoga como a hermano muy amado.

¹⁰⁶ JUSTINIANO, D. 40, 12 y 13, cit. (12).

¹⁰⁷ GAIUS IV, 82, cit. (n 7)

Ante la imposibilidad del esclavo de ser parte en el proceso en cualquiera de las circunstancias previamente señaladas, el acusado de estar en esclavitud requería para actuar de un *adsertor libertatis*; pero esta limitación era compensada a su vez con el goce de la libertad durante la tramitación del proceso.

En la ***Vindicatio in servitute***m, el demandante es el supuesto dueño que acciona contra el *adsertor libertatis*, quien defiende la libertad que está gozando el vindicado como esclavo; en la ***Vindicatio in libertatem***, detenta la calidad de demandante el *adsertor* y demandado el que actualmente se comporta como amo y cree que lo es. Asimismo la discusión sobre el *statu quo* (esto es, determinar si había *possessio* de siervo o libre), era tramitada previamente a la constitución del juicio, con el fin de determinar la condición que asumirían posteriormente las partes.

En materia de prueba, la carga tocaba siempre a aquél que pretendía cambiar el estado de las cosas existentes *sine dolo malo* al momento de iniciarse el proceso. En la *Vindicatio in servitute*m el supuesto dueño podía valerse de la *manus iniectio* extrajudicial¹⁰⁸. En caso de *indefensio* ante la *Vindicatio in libertatem*, el Pretor otorgaba al aparente dueño un *interdictum de homine libero exhibiendo*¹⁰⁹

En cuanto a la sentencia, la *lex Junia Petronia* establecía que se fallase a favor de la libertad en caso de empate de votos judiciales¹¹⁰.

Las sentencias dictadas en estas causas producían entre las partes cosa juzgada, pero si respecto de una de las partes se reconocía de una manera absoluta de libertad, esta declaración tenía efecto erga omnes. “La condena no podía consistir en una suma de dinero pues la libertad es inestimable”¹¹¹

Destaca el caso del esclavo de buena fe. Éste es el que siendo libre o esclavo se cree siervo del que lo posee, una vez resuelta su libertad o pertenencia a otro dueño, todo lo adquirido durante su estado servil, se le adjudica a él o a su verdadero dueño salvo lo ganado con su propio trabajo o con bienes del supuesto dueño.

¹⁰⁸ MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 131.

¹⁰⁹ JUTINIANO, D. 43, 29, cit. (n 12).

¹¹⁰ D’ORS, Álvaro, cit. (n 62), p. 278.

¹¹¹ SAMPER POLO, Francisco, cit. (n 25), p. 192.

El que iniciaba dolosamente una de estas acciones no sólo estaba sujeto a la posibilidad de sufrir condenas penales sino que también a una *Factum actio*¹¹² para la reparación del perjuicio que ha sufrido la contraria por el ejercicio indebido de la misma.

En el derecho Justiniano, la *causa liberalis* se tramita como prejudicial; se elimina el requisito del *adsertor libertatis*, por lo que el acusado podía comparecer por sí mismo y se tramitaban ante jueces superiores, como los rectores, los presidentes en las provincias, pretores y cónsules en Constantinopla. Asimismo se encontraba prohibida la interposición reiterada de la acción¹¹³.

2. Causas de la esclavitud

En cuanto a las fuentes de la esclavitud podemos señalar como primer acercamiento y conforme a las Instituciones¹¹⁴, que las personas en Roma nacían esclavas o adquirían tal calidad con posterioridad a su nacimiento como personas libres. De ahí que el origen de la esclavitud se encuentra en el nacimiento, en el derecho de gentes o en el derecho civil.

2.1 Esclavitud por Nacimiento:

Era esclavo el nacido de madre esclava¹¹⁵, sin que sea relevante la condición del padre, por tanto era esclavo el hijo de un hombre libre y una esclava, en atención a que estaba prohibido el matrimonio entre libres y esclavos. Es libre, en consecuencia, el hijo de una mujer libre y un esclavo, pues al ser ilegítimo el matrimonio el hijo sigue la posición de la madre. Por su parte el matrimonio entre esclavos carecía de reconocimiento jurídico. Se llamaba

¹¹² Ésta la concede el magistrado en ejercicio de su *iurisdictio* con base en un derecho, lo que le permite sancionar situaciones no contempladas por el *ius civile* en tanto se fundamentan en un hecho y no en un derecho reconocido por el *ius civile*; las formulas de las acciones *in factum* no tiene *intentio* (causa por la que se reclama) sino una identificación de el hecho, de cuya comprobación depende la *condemnatio*.

¹¹³ ORTALAN, cit. (n 13). P. 86.

¹¹⁴ I., 1, 3, de *irue personarum*, 4. *Servi autem aut nascuntur aut fiunt. Nascuntur ex ancillis nostris, Fiat aut iure Pentium, id est ex captivitate, aut iure civile, cum hono liber maior viginti annis ad Premium participandum sece venundari passus est.* “Los esclavos o nacen o se hacen. Nacen de nuestras esclavas; se hacen o por *ius Gentium*, esto es, por cautividad, o por *ius civile*, como el hombre libre mayor de veinte años que tolera ser vendido para participar en el precio”; cit. por ARIAS RAMOS, José, cit. (n 16), I, pp. 335-336

¹¹⁵ GAIUS, I. 82, cit. (n 7).

"*verna*" al esclavo nacido en la casa del amo. Este esclavo pertenece al dueño de la ancilla. Sin embargo a partir del siglo II se admitió la posibilidad de que naciera libre el hijo de esclava si ésta gozaba de tal calidad durante la gestación.

2.2 Esclavitud por *ius Gentium*:

Según el derecho de gentes, la esclavitud podía provenir de la cautividad, como resultado de una guerra; el que se apodera de él se hace su dueño, pues el enemigo carece de derechos y protección por el derecho internacional.

Esta fuente de esclavitud provenía de guerra externa y no de un conflicto interno o guerra civil, ya que en tal situación el cautivo sólo perdía de hecho la libertad pero no lo convertía en esclavo.

En cuanto al prisionero de guerra externa pasa a serlo en una primera instancia del Estado romano, el cual lo destina a servicios públicos "*servus publicus*", lo vende en tal caso pasan a incorporarse al patrimonio del que los compraba o excepcionalmente lo cede a los soldados. Esta regla se encuentra subyacente al principio de reciprocidad por lo que igual tratamiento tenía el romano que caía en cautiverio del enemigo. Esto provocaba la *capitis diminutio* para el ciudadano romano *sui iuris* y como consecuencia la extinción de la patria potestad y de la *manus*; en cuanto al patrimonio del cautivo, éste se encuentra en una situación similar a la de la herencia yacente.

En este escenario los romanos que hayan caído en esclavitud por nación enemiga se encontraban protegidos por el *derecho de postliminiun o ius postliminii*¹¹⁶, pues esta situación no se consideraba *iusta Servitur*.

En virtud del *ius postliminii*, si por cualquier circunstancia los ciudadanos romanos, convertidos en siervos por captura de guerra, lograban escaparse y reingresar en territorio de roma o de sus aliados, recobraban su estado anterior de persona libre como si nunca hubiese sido esclavos; por lo que los derechos y obligaciones contraídos con anterioridad al cautiverio y que por dicha situación se hallaban extinguidos, resurgen sin verse alterados. Así, el hijo de

¹¹⁶ JUSTINIANO, D. 49, 15, 5, 2, cit. (n 12).

familia volvía a la potestad paterna como si jamás hubiese salido de ésta, y el *pater* volvía a su posición como si siempre hubiese tenido su autoridad paternal; salvo tratándose del matrimonio y la posesión pues al ser situaciones de hecho, no se vuelve al estado anterior. En estos casos la nueva toma de posesión o el renacimiento de la *affectio maritalis* constituye la base para una nueva posesión o matrimonio.

No se aplica el *ius postliminii* al apresamiento por piratas o ladrones, como tampoco en los caso de guerra civil, sublevación ni a los desertores¹¹⁷.

Pero la circunstancia de fallecer sin la constatación del *postliminium* traía aparejada lamentables consecuencias en materia hereditaria pues la pérdida de libertad (*capitis deminutio maxima*), provoca la imposibilidad de testar e invalida los testamentos otorgados por el cautivo con anterioridad a su esclavitud: para subsanar esta situación se contempló en favor del prisionero de guerra la ficción de *la ley Cornelia*, aprobada por los comicios a propuesta del L. Cornelio Silla, alrededor del 81 a. C., en virtud de la cual el ciudadano que ha fallecido en cautiverio, y a cuyo respecto no ha operado el *postliminium*, se considera muerto al momento del apresamiento, por lo que las disposiciones testamentarias del difunto son validas pues se entienden hechas por persona libre, esta ficción se extiende a la sucesión intestada, por lo que esta se considera abierta del momento en que ha caído prisionero, también se extendió a la tutela legítima¹¹⁸.

2.3 Esclavitud por lus Civile:

Constituye también fuente de esclavitud los modos de derecho civil. Cabe destacar que conforme a éste nadie puede ser esclavo por efecto de un contrato o de abandono voluntario de su condición de hombre libre.

En el antiguo derecho vemos que conforme al *iure civile* se sanciona con la esclavitud en los siguientes casos:

¹¹⁷ JUSTINIANO, D. 49, 15, 19, 2; D. 49, 15, 21, 1; D. 49,16, 3, 21, cit. (n 12).

¹¹⁸ JUSTINIANO, D.49.15.22, *ibid*.

- Al no inscribirse en los Registros del Censo, toda vez que en el Censo se inscribían las pertenencias del ciudadano, entre ellas los esclavos, de tal forma que el ciudadano no registrado en el censo, podía ser objeto de esclavitud; asimismo el no participar en el servicio militar. Al ser Roma un pueblo guerrero y conquistador, era de toda lógica que los romanos le dieran mucha importancia a la milicia.
- También constituía fuente de esclavitud faltar al pago de los impuestos.
- Por el incumplimiento del pago de una deuda, así el deudor que no cumplía con su obligación, era entregado al acreedor en *manus iniectio* y por tanto reducido a la esclavitud; si el deudor directamente no podía o no quería ser esclavo, podía mandar un rehén, por ejemplo un hijo o una hija, etc.; quedando dicha persona en calidad de esclavo, hasta que la deuda fuese cubierta. Si el deudor continuaba siendo moroso durante los 30 días posteriores a la adjudicación hecha al acreedor podía ser vendido *trans Tiberim* a los extranjeros y en consecuencia convertirse esclavo del comprador¹¹⁹.
- Al ser sorprendido cometiendo hurto.
- Por ofensa al *ius gentium*.

Sin embargo estas causas de esclavitud desaparecieron en el derecho clásico. Dentro de este período cabe destacar los siguientes casos de esclavitud:

- Los condenados a trabajos forzados en las minas o a ser arrojado a las fieras o al internamiento en una escuela de gladiadores. A estas personas se les llamaba "*servi poenae*", porque no tenían más dueño que su castigo. Su matrimonio era disuelto y sus bienes repartidos entre sus herederos. Justiniano abolió la esclavitud de los condenados a trabajos en las minas¹²⁰.
- Un senado consulto Claudiano estableció que la mujer libre o latina que manteniendo relaciones sexuales con un esclavo ajeno, se hacía esclava del amo de éste, siempre

¹¹⁹ SERAFINI, Felipe, cit. (n 33), I, p. 138.

¹²⁰ IGLESIAS, Juan, cit. (n 46), p 123.

que no atendiese la triple intimación que hacia este ultimo para que cesara la relación

- Los libertos pertenecientes a la categoría de los *dediticii* que contravengan la prohibición de habitar en Roma y en un radio de 100 millas a la redonda, son vendidos como esclavos; si con posterioridad son manumitidos se hacen siervos públicos¹²¹.
- Asimismo por ingratitud del liberto con su patrono.
- Era castigado con la esclavitud el hecho de que una persona libre se hiciere pasar como esclavo, para ser vendido como tal, y reclamar luego su libertad, y participar de la ganancia indebida con el vendedor. En tal caso no podía ejercer la *Vindicatio in libertatem* contra el comprador de buena fe, entendida como la ignorancia de que el que se le vendía era libre. Para que tuviera lugar era necesario que el supuesto esclavo fuese mayor de 20 años en el momento de la venta, o bien al tiempo de repartirse la ganancia con su cómplice, del mismo modo tenía que conocer su condición de libre y la intención de participar del precio de la venta y que este precio fuese realmente pagado por el comprador.¹²²

3. Efectos de la dominicas potestas

El *servus* es concebido, según el derecho romano, como res o cosa¹²³, de tal forma se encuentra en las distintas categorías de cosas donde figura con el nombre de homo. El esclavo por tanto es objeto de dominio y de contrataciones entre los libre; carece de capacidad jurídica, “no era sujeto, sino objeto de derechos”¹²⁴; al ser una res *mancipi*, el *dominus* podía reivindicarlo, a través de la reivindicación ordinaria; podía ser vendido como las otras cosas de su propiedad, incluso podía ser objeto de posesión. Efectivamente el tratamiento positivo del *servus* desde este punto de vista no difiere mucho del otorgado a las demás cosas pertenecientes al

¹²¹ GUZMAN BRITO, Alejandro, cit. (n 79), p. 302.

¹²² ORTALAN, cit. (n 13), p 51.

¹²³ JUSTINIANO, D. 4, 5, 3, 1, cit. (n 12): “servile caput nullum ius habet” (el esclavo no tiene ningún derecho).

¹²⁴ BONFANTE, Pedro, cit. (n 10), p. 41

dominus y en consecuencia le son aplicables las reglas concernientes a la propiedad y a los demás derechos reales. Justamente al tratarse de una cosa, si se diera muerte a un esclavo, el dueño podía accionar por la reparación del daño causado, ocasionado por la pérdida de su res, sin perjuicio de que el dueño opte por perseguir criminalmente al culpable¹²⁵.

Sin embargo el *servus*, también es, conforme al derecho natural persona u hombre sensible y dotado de inteligencia, y en tal sentido se encuentra bajo la potestad de su dueño.

Refiriéndose a las dominicas *potestas* Gayo¹²⁶ nos dice que “los esclavos están sometidos a la “*potestas*” de su “*domini*”. Esta potestad es del “*ius gentium*”, ya que podemos observar de una manera general en todas las naciones que los señores tienen derecho de vida y muerte sobre sus esclavos, y que cuanto estos adquieren, es adquirido para el *dominus*”, de tal manera que no solo el trabajo material era del *dominus*, sino que también el producto de su intelecto. El *servus* por tanto es entregado al arbitrio del *dominus*, titular de las *dominicas potestas*.

Este poder no es diverso del ejercido sobre los *filiifamilias* pero, al interior de la familia el esclavo a diferencia del *filiusfamilias* estaba desprovisto de protección, no tenían entonces garantía contra el ejercicio abusivo del poder del *dominus*.

Ya en el imperio esta facultad del dueño aparece más restringida justamente Augusto intento frenar los abuso cometidos sobre los esclavos, y de tal forma sujeto el actuar del dueño mediante la vigilancia, confiada al *praefectus urbi*; la *Lex Petronia* prohibió vender a un esclavo para que luchase con las fieras, salvo por decisión del magistrado; tampoco se podía vender separadamente a los miembros de la familia esclava sin previa autorización; la muerte dada al esclavo por causa de enfermedad o vejez fue sancionada por Claudio, con las penas establecidas para el homicidio, igualmente un senadoconsulto del año 83 a. C., penó la castración de los esclavos y los castigos hacia los mismos, requerían la intervención de la autoridad; Adriano por su parte prohibió vender

¹²⁵ GAIUS, III, 213, cit. (n 7).

¹²⁶ GAIUS, I, 52, ibid.

esclavos a los adiestradores de gladiadores y a los regentes de los lugares de comercio sexual; el asesinato del esclavo ajeno fue sancionado de acuerdo a la *Lex cornelia*; respecto a la muerte dada al esclavo propio Gayo¹²⁷ expone que “en virtud de una Constitución del emperador Antoninus, quien matare a su esclavo sin motivo, está considerado en la misma situación de quien matare a un esclavo ajeno”.

Estas restricciones demuestran una humanización al trato concedido al esclavo.

4. Término de la esclavitud, la manumisión y el patronato

El hecho de no tener dueño actual no eximió al esclavo de su condición de tal, por lo que la calidad de esclavo es una *condicio personae* que subsiste desde que se verifica el hecho que le da nacimiento hasta la muerte del mismo o que por algún medio este obtenga su liberación. Precisamente la carencia de dueño hace de él “un *servus sine domino*, ocupable como cualquier otra *res nullius*”¹²⁸.

4.1 Formas de extinción de la esclavitud

De la esclavitud se podía salir por disposiciones legales y por voluntad del dueño o *manumissio* o bien *sine manumisione*.

4.1.1 Por Ley

Dentro de los casos de extinción de la esclavitud por la ley cabe señalar que en la República fueron declarados libres los esclavos que hubieran observado una conducta benemérita, descubriendo conspiraciones o denunciando la comisión de delitos; igualmente el esclavo que de buena fe hubiese vivido 20 años en condición de libertad adquiriría por usucapión la libertad; por su parte Claudio concedió la libertad al esclavo abandonado por sus dueños, por

¹²⁷ GAIUS, I. 53, cit. (n 7).

¹²⁸ ARANGIO RUIZ, Vincenzo, cit. (n 18), p 57.

causa de enfermedad o vejez¹²⁹; asimismo quedaba libre la esclava prostituida por el dueño, que la compraba precisamente con la condición de no prostituirla; en virtud de un senadoconsulto Siliano, quedaba libre el esclavo que denunciaba al homicida de su dueño¹³⁰; se concedió la libertad al esclavo vendido con la condición de que el comprador lo manumitiese y este último no lo hiciese; queda libre el esclavo que es nombrado *cubicularius* del emperador; Constantino otorgo la libertar al siervo que no siendo judío, había sido comprado por un judío y circuncidado; por lo demás Justiniano concedió la libertad al esclavo castrado por su amo, al que entra en un monasterio y a la esclava concubina que permaneció fiel al amo hasta su muerte al igual que a sus hijos¹³¹.

4.1.2 Por Manumisión

Cesaba además la esclavitud por la manumisión o *manumissio*.

De acuerdo a lo expuesto por D'ors la manumisión era un acto voluntario, pero en la generalidad de los casos la libertad era “comprada” por el esclavo quien al carecer de bienes le prometía a su dueño algo a cambio por la misma, destaca el referido autor que frente a tal situación la jurisprudencia “cierra los ojos”¹³².

La manumisión presentaba dos modalidades, solemnes y no solemnes.

Forma solemnes de manumitir:

La *manumissio* para ser civilmente eficaz debía ser solemne. De acuerdo al derecho antiguo existían tres formas solemnes de hacer la manumisión: Por *censu*, por *vindicta*, y por *testamento*.

- **La manumisión por censu:** Consiste en que mediante el consentimiento del señor, el esclavo era inscrito en los registros del censo, donde cada ciudadano tenía su capítulo. El censo fue obra de Servio Tulio, esta forma de manumisión

¹²⁹ MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 123.

¹³⁰ SERAFINI, Felipe cit. (n 33), p. 140.

¹³¹ GUZMAN BRITO, Alejandro, cit. (79), I, p. 310.

¹³² D'ORS, Álvaro, cit. (n 62), p. 213.

data poco después de Servio¹³³. Esta forma de manumitir no podía emplearse más que cada cinco años, o sea, en el momento de las operaciones del censo. En el principado desaparece el censo y por tanto esta forma de manumitir.

- **La manumisión *per vindictam*:** Esta era una forma simbólica de reivindicación de la libertad. Esta forma de manumisión tenía el procedimiento más práctico. Esta se efectuaba ante el Magistrado, el Cónsul, el Pretor y también ante el Rector de la provincia¹³⁴. Primitivamente este reclamo simulado de la libertad consistía en que el dueño acompañado del esclavo se presentaban delante del magistrado, y un tercero “*adsertor libertatis*” reclamaba que el esclavo era libre, tocándole al efecto con una varita llamada *vindicta*, por su parte el dueño en vez de oponerse a tal reclamación no hacía objeción alguna y se muestra conforme con la declaración hecha por el *adsertor*, efectuado esto el magistrado consagraba la afirmación del *adsertor*, entonces era libertado el esclavo. Posteriormente se prescindieron de estas formalidades y fueron sustituidas por la simple declaración realizada por el dueño en cualquier sitio (podía ser *in transitu*) ante el magistrado donde expresa su voluntad de manumitir. El *adsertor* fue reemplazado por un *lictor*, pero sin que su intervención fuera forzosa. En el derecho justiniano se abolió completamente la intervención del *adsertor*; asimismo se admitió la manumisión *domino tacente*¹³⁵. Por último podemos señalar que la manumisión *vindicta* hecha en la forma solemne corresponde a una aplicación particular de la *in iure cessio*.
- **La Manumisión por testamento:** Esta radica en que el dueño le otorga la libertad al esclavo instituyéndole en heredero. Conforme a la Ley de las XII Tablas, la voluntad de un ciudadano, expresada en su testamento, era

¹³³ ORTALAN, M, cit. (n 13), p. 61.

¹³⁴ BONFANTE, Pedro, cit. (n 10), p. 45.

¹³⁵ IGLESIAS, Juan, cit. (n 46), p.125.

obligatoria. Así, el testador podía dejar directamente en libertad a su esclavo, en tal caso mediante el pronunciamiento de ciertas palabras solemnes e imperativas: *Stichus liber esto, liber sit; Stichus liberum esse iubeo*, se otorga la libertad al esclavo, en cuanto la herencia era aceptada por un heredero, en este caso el esclavo obtiene la libertad directa e inmediatamente *directa liberta*; para que fuera eficaz era necesario que el esclavo pertenezca al manumitente tanto cuando se otorgó el testamento como al morir el dueño¹³⁶. En este caso el manumitido pasa a ser liberto del difunto, es por eso que se le llama "*libertus orcinus*"¹³⁷. Justiniano permitió que la sola constitución de heredero diera lugar a la liberación del siervo, sin la necesidad de que estuviera acompañada de una declaración de libertad por parte del testador.

Asimismo por testamento se podía manumitir a través de un intermediario o indirectamente en el caso de la manumisión fideicomisaria, que consiste en el gravamen impuesto por el testador a cualquiera de los beneficiados por la herencia de manumitir al siervo propio o ajeno. Este debía otorgarla por acto entre vivos, contando en tal caso el esclavo con medio legales para constreñirlo a manumitirlo¹³⁸. Esta forma de manumisión es indirecta pues el esclavo no quedaba libre *ipso iure* cuando el testamento comenzaba a producir sus efectos sino que su liberación tenía lugar mas tarde cuando el fiduciario cumplía el encargo.

Como toda disposición testamentaria, esta clase de manumisión puede estar sujeta a condición. Mientras llegaba el día en que el esclavo debía quedar en libertad, era un "*statu liber*", así mientras está pendiente la condición es esclavo, pero una vez cumplida queda libre.

¹³⁶ GUZMAN BRITO, Alejandro, cit. (n 79), I, p.306.

¹³⁷ SOHM, Rodolfo, *Historia e instituciones del derecho privado romano*, (Madrid), p. 233.

¹³⁸ KASER, Max, cit. (n 96), p 80.

- Constantino introdujo otro modo solemne de manumitir que recoge la *lex Romana Visigothorum* y que fue la ***manumissio in sacrosanctis ecclesiis***¹³⁹. Conforme a esta el dueño, en la iglesia, ante el pueblo y las autoridades eclesiásticas, manifestaba su voluntad de manumitir extendiéndose un acta firmada por dos testigos y el Obispo. Para llevarla a efecto se escogía un día de festividad religiosa como la pascua. Si el que concedía la libertad era un clérigo, no se necesitaba formalidad de ninguna clase.

Formas no solemnes de manumitir

Junto a las formas solemnes de manumisión encontramos otros modos menos formales por las que el dueño manifestaba su voluntad de manumitir al siervo, las que fueron cada vez más frecuentes, dentro de éstas, podemos señalar la efectuada en presencia de amigos (*inter amicos*); o a través de la entrega de una carta donde consta su intención de manumitir (*per epistolem*), Teófilo dice que el origen parecería estar en el hecho de que él *dominus* escribía a veces a un esclavo que se hallaba lejos de él, y a quien permitía vivir en libertad¹⁴⁰; o por el hecho de sentar al esclavo a la mesa (*per mensam*); asimismo por codicilo (*per codicillum*), éste era un acto sin solemnidad, por el cual se podía expresar la última voluntad acerca de las dádivas, legados y otras disposiciones especiales que se encargaban al heredero¹⁴¹. Pero en todos estos supuestos a pesar de que el esclavo se hace libre de hecho, esto es, adquiere la posesión y no el dominio de sí mismo, no obtiene la libertad ante el derecho (*in libertate esse*). Por tanto siguen perteneciendo jurídicamente a su amo y siendo patrimonialmente incapaces, lo ganado pertenece al amo, sólo podían tener un peculio que administran no dominicalmente; el amo a pesar de concederle la libertad, podía ejercer la *Vindicatio in servitute*, incluso después de fallecer podía hacer uso de este

¹³⁹ DOMINGUEZ AGUDO, María Isabel, *Estudio léxico de "iura y leges" en el derecho romano vulgar occidental*, (tesis de doctorado – universidad Complutense de Madrid), (Madrid 2003), [en línea]. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/tesis/fll/ucm-t26668.pdf>, p. 26.

¹⁴⁰ ORTALAN, M, cit. (n 13), p. 65

¹⁴¹ *Ibíd.*

derecho su hijo. Para salvar tal situación, el pretor intervino protegiendo al esclavo, ya sea negando al *dominus* la acción para vindicarlo o bien confiriéndole una *exceptio* a favor del esclavo, sin que este resguardo significara la concesión de libertad por parte del pretor, pues no estaba dentro de sus facultades hacerlo, en consecuencia los esclavos mantenían el status de *servus* y por tanto seguían siendo incapaces.

Conforme al derecho romano antiguo, la manumisión otorgaba la libertad o no, pues ésta era indivisible. Por tanto, para que la *manumissio* fuera eficaz era necesario: 1) que el manumisor tuviera derecho a hacerla, esto es, que fuera propietario según el derecho civil (*Dominus ex iure Quiritium*¹⁴²); 2) que cumpliera éste con las formas exigidas por la ley, esto es, que lo hiciera a través de los modos solemnes de manumitir. Si cumplían estas condiciones los esclavos manumitidos se hacen libres y ciudadanos romanos. El *servus* que adquirió la libertad se llama liberto.

Hacia fines de la república se introdujo otra especie de propiedad, la bonitaria o *in bonis* (en sus bienes), conforme a la cual se podía adquirir el dominio de las cosas *mancipi* sin formalismo alguno¹⁴³. Tanto la manumisión efectuada por un dueño bonitario¹⁴⁴ como la efectuada sin solemnidad alguna no otorgaban al manumitido la calidad de libre. Fue la *lex Iunia Norbana*¹⁴⁵ la que vino a regularizar la condición en que quedaban estos manumitidos, pues les otorgo una calidad intermedia entre la ciudadanía romana y la extranjería, les dio la latinidad, adquiriendo por tanto el estado de libertad, aunque no de ciudadanía, éstos recibían el nombre de Latinos Junianos¹⁴⁶.

¹⁴² En el derecho antiguo solo se podía adquirir la propiedad de las cosas *mancipi*, por medio de rituales y formalidades.

¹⁴³ TOPASIO FERRETTI, Aldo, cit. (n 2), pp. 203- 204.

¹⁴⁴ La manumisión efectuada por el dueño bonitario también estaba protegida por la intervención del pretor.

¹⁴⁵ Esta ley se cree expedida bajo el imperio de Tiberio alrededor del año 772. véase ORTALAN, M, cit. (n 13), p. 69.

¹⁴⁶ Reciben el nombre de latinos por estar equiparados con los latinos de las colonias, y el nombre de *junianos* se debe precisamente a la ley que les reconoce tal condición. Esta forma de latinidad fue cada vez más en decadencia hasta desaparecer por completo con Justiniano. Véase SERAFINI, Felipe cit. (n 33), p. 147.

Cabe destacar otra clase de manumitidos, los *libertos dediticios*, a éstos se refiere la Ley *Aelia Sentia* que dispone que los esclavos que han sido encadenados por su dueños a título de pena, marcados o sometidos a tormentos, por un crimen de que hubiesen sido condenados, o entregados para combatir con armas o contra las bestias o destinados a los juegos de circo; cualquiera fuera la forma en que hayan sido manumitidos no tienen acceso a la ciudadanía y tienen la condición de *dediticios*¹⁴⁷.

Por tanto podemos distinguir tres clases de manumitidos los ciudadanos romanos, los latinos *junianos* y los *dediticios*.

Los libertos ciudadanos romanos: gozaban de casi todos de los derechos civiles, salvo aquellos que sólo corresponde a los ingenuos. En el ámbito público no tienen el *jus honorum*, es decir, el derecho electoral pasivo, se les niega la posibilidad de ser miembro del senado, o de las magistraturas, o de los municipios, donde tampoco pueden formar parte de la curia¹⁴⁸, asimismo no podían ser parte de una legión y sólo podían votar en los comicios por tribus. Por lo que respecta al ámbito Privado, los manumitidos ciudadanos tuvieron, en un principio, el *commercium*, y el *connubium*; pero el matrimonio entre ingenuos y libertados quedó por largo tiempo vedado; la *lex Julia* y la *Papia Poppaea* limitó esta prohibición a los matrimonios de los senadores y de los hijos de éstos, con los libertos. Tampoco tenían derecho a llevar el anillo de oro, privilegio de la caballería, el "*jus aureorum annulorum*"¹⁴⁹. Cabe agregar que la mujer liberta se encuentra en un rango distinto en lo que toca al *ius liberorum*, por ejemplo la mujer ingenua debía tener tres hijos para adquirir lo que se le deje por vía de herencia, en cambio, la liberta requería de cuatro.

En la época del Imperio, había dos formas por las cuales los manumitidos ciudadanos podían adquirir la ingenuidad; mediante un

¹⁴⁷ GAIUS, I. 14, nos dice que se llama peregrinos dediticios a los que habían tomado armas contra el pueblo romano y después de vencidos se rindieron a discreción. Véase, GAIUS, I. 13, cit. (n 7).

¹⁴⁸ Estas restricciones fueron introducidas por la ley *Visellia*, hecha bajo Tiberio, que sanciona su infracción con penas muy severas.

¹⁴⁹ Justiniano abolió esta limitación permitiendo al manumitido el derecho del anillo de oro. Véase ORTALAN, M, cit. (n 13), p. 83.

decreto del príncipe, (*restitutio natalium*) con consentimiento del patrono que concede al manumitido una ingenuidad completa, y extingue por tanto los derechos del patrono; o por concesión que hace el príncipe, del "*jus aureorum annulorum*" (anillo de los caballeros), en tal caso el manumitido se asimila a un ingenuo, en lo tocante al derecho público como privado, pero dejando subsistir los derechos del patrono.

Los manumitidos latinos junianos: por su parte no tienen derechos políticos, precisamente les estaba impedido votar y optar a cargos públicos; en el ámbito del derecho privado no tienen el *connubiu* más si el *commercium*, pero sólo *inter vivos* y sin adquirir sobre las cosas el dominio quiritorio de las mismas. La ley *Junia Norbana* les priva de la facultad de testar, por lo que a su muerte vuelven los bienes al señor; tampoco podían ser designados directamente herederos o legatarios, pero sí por vía de un fideicomiso; asimismo no podían ser nombrados tutores testamentarios ni tutores en Roma por los magistrados, de acuerdo a la Ley *Atilia*¹⁵⁰. Por tanto éstos viven como libres y mueren como esclavos.

Sin embargo, se regularon diversas formas por la que *latino juniano* podía mejorar su condición y adquirir la ciudadanía. Así entre otros casos encontramos:

- El *servus*, que a los treinta años cumplidos hubiese sido libertado sin solemnidad, por ejemplo "*inter amicos*", se hacía ciudadano "*iteratione*", si por segunda vez era manumitido cumpliéndose con las formalidades requeridas para tal efecto¹⁵¹.
- Asimismo por una concesión expresa del emperador (*beneficio principalis*), a través de un rescripto se podía conferir a un latino la cualidad de ciudadano
- Del mismo modo se hacían *liberis*, si estado casado y teniendo un hijo de dicho matrimonio se presentaba ante el pretor o presidente de la provincia y probaba este hecho

¹⁵⁰ ORTALAN, M, cit. (n 13), p. 70.

¹⁵¹ GAIUS, I. 35, cit. (n 7).

(*causam probare*)¹⁵², en tal caso no sólo se hacia ciudadano el latino sino que también su mujer y su hijo si antes no lo eran.

- Los latinos *junianos* también podían adquirir la ciudadanía por servicios de importancia prestados al Estado, esto fue producto de reformas introducidas bajo Tiberio, Claudio y Trajano¹⁵³.

- Por ultimo, “Nerón dispuso que si un Latino cuyo patrimonio se elevara a mas de 200.000 sesteracios edificara en Roma una casa en la cual invirtiese al menos la mitad de su patrimonio, obtendría en derecho quiritario”¹⁵⁴.

En cuanto a los *dediticios*: fueron los manumitidos menos favorecidos, “*pésima libertas*”¹⁵⁵. No poseían ni derechos políticos, ni *connubium ni commercium*; “sólo gozaban de la libertad y de los derechos naturales concedidos en otro tiempo a los pueblos, a los que hallaban asimilados”¹⁵⁶.

A los manumitidos *dediticios* les estaba en absoluto prohibido internarse en Roma, en un área de cien millas alrededor de Roma, bajo pena de caer otra vez en esclavitud y de ser vendidos ellos y sus bienes, y no poder nunca jamás volver a ser manumitidos. Esto en virtud de la presunción de que tenían antecedentes de ciudadanos peligrosos; asimismo no podían alcanzar nunca la condición de ciudadanos romanos ni latinos¹⁵⁷.

A la muerte del *dediticio*, sus bienes pasaban a su antiguo dueño sea a título de sucesión o por derecho de peculio si la manumisión no fuere hecha cumpliéndose los requisitos de la misma.

¹⁵² En virtud de la Ley *Aelia Sentia*, se decidía que el manumitido menor de treinta años (mas tarde se concedió también a los mayores de 30 años) sería latino, si se casaba con una ciudadana o con una latina, en presencia de siete testigos ciudadanos romanos o púberos, se le concedía el privilegio de la ciudadanía asegurando que se casaba para tener hijos. Si de esta unión nacía un hijo, cuando éste cumpliera un año podía presentarse al magistrado, probándole, tanto la existencia del hijo como la causa de su matrimonio, “*causam probare*”. Véase GAIUS, I. 29-30; I. 31-32, cit (n 7).

¹⁵³ Al respecto la ley *Visellia* estableció que el se hacían ciudadanos romanos, los latinos que habían militado durante 6 años en la guardia romana, con posterioridad este tiempo se rebajo a 3 años. Véase GAIUS, I. 32b-32c, I. 35, cit. (n 7).

¹⁵⁴ GAIUS, I. 33, cit. (n 7).

¹⁵⁵ GAIUS, I. 26, ibid.

¹⁵⁶ ORTALAN, M, cit. (n 13), p. 69.

¹⁵⁷ GAIUS, I. 15, cit. (n 7).

Conforme al derecho Justiniano, cualquier forma de manumisión conllevaban la adquisición de la libertad y ciudadanía.

En este período se mantuvieron las manumisiones *per vindicta*, *per testamento* e *in ecclesia*; y exigió la presencia de 5 testigos en las manumisiones *per epistolam* y *per codicillum*; y para la hecha *inter amicos* que se extendiera un acta en que se acreditara haber oído dicha declaración¹⁵⁸.

4.2. El patronato

El patronato es “aquella relación que liga al liberto con el que fue su *dominus* y con los descendientes de éste”¹⁵⁹, que tiene por objeto fundamental mantener el vínculo de dependencia entre el ex *dominus* (y su *successor sui iuris*) y el ex esclavo, manteniendo de esta forma el control privado pero también público, sobre el esclavo.

Pero este lazo no es por un tiempo indefinido, sino que está sujeto a duración. Sin bien en su origen pareciera ser que fue heredable, ya en la época de Cicerón había dudas si esta institución se extendía a los descendientes directos del liberto, y en el tiempo del Imperio eran comúnmente entendido que, los hijos del liberto eran ingenuos¹⁶⁰.

La manumisión implica un nuevo nacimiento del manumitido; siendo su antiguo *dominus* a quien el manumitido debía su existencia civil, estaba con él en relación análoga a la de un hijo con su padre, pues “el que nació esclavo no tiene jurídicamente un *pater* y el que siendo libre y que por ende lo tuvo, pero después cayó en esclavitud, lo pierde por este hecho, es por ello que se llama *patronus* al manumitiente. Si la libertad fue dada directamente en un testamento, de modo de alcanzarse cuando el amo que la confirió ha fallecido y se encuentra en el *orcus* o mundo de los muertos, el manumitido se llama *libertus orcinus*”¹⁶¹.

El manumitido, toma el nombre, origen y domicilio legal de su patrono, formando parte de su *gens*.

¹⁵⁸ ORTALAN, M, cit. (n 13), p. 65.

¹⁵⁹ BONFANTE, Pedro, cit. (n 10), p. 70.

¹⁶⁰ MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 147.

¹⁶¹ Tip. Ulp. 2,8; Inst. 2.24.2, cit. por GUZMAN BRITO, Alejandro, cit. (n 79), I, p.321.

Los manumitidos se distinguen de los ingenuos no sólo por encontrarse en un puesto inferior en la sociedad sino también, porque quedan vinculados a su antiguo señor o *patrono*, con ciertas obligaciones; las que conforman los derechos de patronato o "*ius patronatus*".

Estos derechos pueden ser de tres clases: *Obsequium*, *operae* y *bona*; los *ius patronatus* se transmiten a los hijos agnados del patrono¹⁶².

1) *Obsequium*: Por medio de este derecho el liberto debe respetar al patrono rindiéndole honor y reverencia, lo cual se traduce en una serie de limitaciones y prohibiciones al liberto para actuar jurídicamente contra el manumisor; así en virtud de este derecho el manumitido no puede perseguir a su patrono o a sus descendientes, aunque estén emancipados, sin antes autorizarlo un magistrado; el liberto no podía entablar contra el patrono una acción criminal de carácter infamante (*actiones famosae*) o en las cuales se presuma el dolo o el fraude del demandado; asimismo por derecho justinianeo el patrono goza del beneficio de competencia respecto de las acciones ejercidas por el liberto¹⁶³. Desde el punto de vista procesal, el hijo del liberto tiene contra el patrono de su padre los mismos derechos que contra un extraño.

La ley *Aelia Sentia* otorgo una *acussatio ingrati liberti* para sancionar al liberto ingrato y bajo Constantino el liberto pudo ser puesto otra vez en esclavitud.

2) *Operae*: mediante éste, el liberto debía prestar ciertos servicios al patrono, tales como: administrar sus bienes actuando como *procurador*; o asumiendo la tutela de sus hijos o pedir tutor al pupilo del patrono; también conllevaba la obligación de hacerles ciertos presentes al patrono con motivos especiales (matrimonio, nacimientos, etc.); desde el siglo II d. C. es frecuente que al liberto se le encargue el

¹⁶² Sin embargo el *ius patronatus* sobre los *liberi orcinus*, no se transmite a los herederos del difunto, pues el derecho no alcanza a formarse en el manumitente por lo que mal puede transmitirlo a sus *liberi*.

¹⁶³ BONFANTE, Pedro, cit. (n 10), p. 425.

cuidado de la sepultura patronal, permitiéndole su admisión a su muerte; pero sin duda uno de los más importantes efectos de este derecho del patrono, es la ejecución de trabajos (*operae*). Estos trabajos consisten en el ejercicio de oficios o competencias, por ejemplo la de copista, la de apuntador, la de calculador, la de histrión, y se caracterizan por la circunstancia de que el liberto se hacía prometer, con ayuda de alguna estipulación, o bien por juramento, la prestación de *operae dona munera* al patrono; el liberto sólo puede prometerse o jurarse al manumisor y puede efectuarse ya sea en el acto de la manumisión o en una acto posterior. El cumplimiento de esta estipulación o juramento fue protegido por la acción *operarum*, mediante la cual se podía reclamar de los trabajos prometidos¹⁶⁴.

Había dos tipos de *operae*:

- a) Las *operae servorum officiales*: constituyen un simple testimonio de afección y respecto que generalmente se traduce en la prestación de los servicios domésticos, por ejemplo desde cuidar su casa durante su ausencia, hasta labores más cotidianas como leerle, acompañarle etc. Esta obligación cesaba a la muerte del patrón.
- b) las *Operae servorum fabriles*: éstas tenían un carácter pecuniario, y exigen un trabajo profesional u oficio del liberto, Se podía ceder o arrendar este censo, y pasar a sus herederos.

Fuera de estos servicios, cualquier otra carga era resistida por medio de una *exceptio*. Por lo demás conforme a la "*lex Iulia et Papia*, el liberto que tuviere bajo su potestad a dos o más hijos o hijas queda exento de *operae dona munera* juradas o prometidas, con algunas excepciones"¹⁶⁵.

¹⁶⁴ En efecto conforme al derecho pretorio solo podía reclamarse de las *operae*, que estuviesen contenidas en estipulaciones o juramentos, por tanto respecto de los trabajos que no estuviesen incluidas en las referidas estipulaciones no cabía reclamo alguno. Véase GUZMAN BRITO, Alejandro, cit. (n 79), I, p.325.

¹⁶⁵ JUSTINIANO, D. 38, 1, 37, cit. (n 12). Véase GUZMAN BRITO, Alejandro, cit. (n 79), I, p.323.

3) *Bona*: el patrono tenía importantes derechos sobre la tutela y la sucesión del liberto.

De tal forma que el patrono al igual que sus descendientes más próximos, tienen la tutela legítima de la liberta y de los libertos impúberes¹⁶⁶, igualmente el patrono es llamado a la tutela de hijos impúberes del liberto fallecido.

El patrono es llamado a la sucesión del liberto si éste fallecía abintestato y sin dejar hijos bajo su potestad. Este derecho del patrono es transmisible dentro de la familia agnaticia a sus descendientes *sui iuris*. El edicto del pretor extendió este derecho incluso contra testamento, esto es, en el caso que el liberto dejase testamento pero se instituyeran como herederos personas distintas a sus hijos, el patrono podía obtener a pesar de lo dispuesto en el testamento, la posesión (“*bonorum possessio*”) de la mitad de los bienes dejados¹⁶⁷; con posterioridad gracias a la ley Papia fueron aumentando los derechos de los patronos respecto de los libertos mas opulentos, así en el caso de que falleciera un liberto cuyo patrimonio supera los 100.000 sextercios dejando menos de tres hijos, independientemente de que haya fallecido con o sin testamento, el patrono tiene derecho a una parte igual a la de cada uno de los hijos, o a la mitad del patrimonio si fallece sin hijos¹⁶⁸.

El patrono, por su parte, también adquiriría ciertas obligaciones para con el liberto basadas fundamentalmente en un deber de protección y ayuda. Es por eso que debía asistir y defender al liberto en juicio, no podía entablar demandas contra el liberto que conllevaran consigo condena capital, bajo pena de perder el patronato; los pretores también sancionaron los abusos cometidos con ocasión del *operae*.

Patrono y liberto debían recíprocamente prestarse alimentos, respecto de los alimentos prestados al patrono, Paulo nos dice que

¹⁶⁶ GAIUS, I. 165.

¹⁶⁷ GAIUS, III. 40, cit. (n 7).

¹⁶⁸ GAIUS, III. 42, Ibíd.

“el liberto, está obligado a alimentar al patrono necesitado en la medida de sus posibilidades”¹⁶⁹.

Para defender la ingenuidad contra las usurpaciones del patrono se concedió una acción *prejudicia*, la misma acción se concedió al patrono para hacer valer sus derechos de patronato.

Todo el régimen del patronato fue reorganizado por Justiniano; justamente le reconoció validez a las declaraciones efectuadas por el manumitente en virtud de las cuales renunciaba a su derecho de patronato.

¹⁶⁹ PAULO, Sent., 2,32, 1, cit. por ARIAS RAMOS, José, cit. (n 16), I, p. 345.

CAPITULO V. EL IN MANCIPIUM

1. Generalidades

Al hablar de las personas *in mancipium*, *in mancipio esse*, o *in causa mancipii* nos estamos refiriendo “a aquel estado de sumisión en el cual podían encontrarse los ciudadanos romanos respecto de otro ciudadano, estado de sumisión que era un término medio entre la libertad y la esclavitud”¹⁷⁰; sin embargo, la palabra *mancipium* en su origen dice relación a todo lo que era objeto de propiedad o el modo solemne de traspasar el dominio¹⁷¹; y con posterioridad se utilizó también para designar a los esclavos¹⁷².

2. Formas del Mancipium

Las personas sometidas al *mancipium* pertenecen a categorías muy diversas, precisamente Gayo¹⁷³ nos advierte que todas las personas libres, sean del sexo masculino o femenino que estén sometidas a las *potestas* de un ascendiente, pueden ser mancipadas por éste, del mismo modo que se pueden mancipar los esclavos; agrega que el mismo derecho se tiene respecto de las personas que están sometidas a la *manus*. En atención a lo anterior, resulta que no hallamos un tratamiento sistemático aplicable a las mismas, sino que éste depende de la naturaleza de las personas que se encuentran en esta condición.

Dentro de las formas del *mancipium* podemos señalar las siguientes:

- El pater en virtud del *ius vendendi* podía mancipar al *filiusfamilias*, simplemente para ejercer labores obreras o de trabajo al servicio del comprador, sin embargo con el tiempo esta forma de mancipación desapareció y después

¹⁷⁰ MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 155.

¹⁷¹ En cuanto a la forma de hacer la Mancipatio, véase GAIUS, I, 119.

¹⁷² Cabe destacar que en relación al tratamiento legislativo del *mancipium* solo encontramos textos con referencia a la persona *in causa mancipii* a partir de Gayo. También nos parece oportuno hacer presente que el desarrollo doctrinario que le dan a los autores a esta materia no siempre es concordante entre sí.

¹⁷³ GAIUS, I. 117-118, cit. (n 7).

sólo tuvo lugar la realizada *dicis o fiduciae causa*, que fue efectuada con la finalidad de emancipar al *filiusfamilias* de la potestad paterna, de tal forma que era una forma fingida de hacer la mancipación.

- El *pater* también podía mancipar al hijo *alieni iuris* cuando este cometía un delito, y como una forma de reparar el mismo lo cedía a la víctima, éste era el llamado abandono "*noxal*"; que se mantuvo en uso hasta que fue suprimido por Justiniano.
- La *manus* también podía ser mancipada, pero ésta tenía más bien por objeto lograr su emancipación de quien la tuviera bajo su potestad o bien para liberarse o sustituir a su tutor.
- El *paterfamilias* podía entregar al *filiusfamilias* o a él mismo como garantía de una deuda a su acreedor en virtud del *nexum*¹⁷⁴, por éste el deudor se enajenaba él o al *filius*, al acreedor a través del cobre y la balanza, *per ces et libram*; por el *nexum* se establecía un vínculo físico que posibilitaba al acreedor ejercer la "*manus iniectio*", poniendo mano, sobre la persona del deudor en caso de incumplimiento. Respecto a el deudor adjudicado por el magistrado (*adiudicatus, addictus*), no era *mancipium* propiamente dicho, puesto que no era adquirido de un modo civil¹⁷⁵.

Encontramos también otras situaciones que denotan una condición de semi esclavitud y que según algunos serían casos de *personas in mancipium*¹⁷⁶:

- Así, el ciudadano romano que fue rescatado de la cautividad por otro ciudadano por una cantidad de

¹⁷⁴ El *nexum* (del latín "nectere", cuyo significado era atarse o ligarse) constituye una antigua forma de constituir el vínculo obligacional en el Derecho Romano, para que tuviera lugar requería la pronunciación de palabras solemnes.

¹⁷⁵ MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 157.

¹⁷⁶ Sin embargo otros autores discrepan y nos indican que estas situaciones no constituirían una causa *mancipii*. Precisamente Vincenzo Arangio Ruiz considera improbable la inclusión del *redemptus ab hostibus* en esta categoría, al respecto expone que la inclusión en la mencionada clase de *mancipium* exigiría la presencia de dos condiciones: en primer lugar que el sometido viniese a formar parte aunque solo momentáneamente del organismo económico de la familia y que esto tuviera lugar como consecuencia de una *mancipatio* de sí mismo de una persona sujeta a su potestad. Véase ARANGIO RUIZ, Vincenzo, cit. (n 18), pp. 551-553.

dinero, se considera esclavo del liberador, hasta que le reembolsara el precio del rescate (*redemptus ab hostibus*), una constitución de Arcadio y Honorio fijó como tiempo máximo de sujeción 5 años los cuales compensaban la suma pagada por el rescate.

- Otro caso es el del “*auctoratus*”, el individuo que arrienda sus servicios para combatir como gladiador en los juegos de circo¹⁷⁷.
- Por último, cabe mencionar el caso del ladrón que cometió hurto y conforme a la ley de las Doce Tablas fue entregado a la víctima del perjuicio pues respecto a éste los jurisconsultos romanos no se pusieron de acuerdo en cuanto a darle trato de esclavo o asimilarlo a la situación del deudor que se adjudica a su acreedor por deudas¹⁷⁸.

Sin embargo los diversos casos de personas *in causa mancipii* mencionados, fueron paulatinamente desapareciendo o experimentaron una transformación que las hizo coincidir con otras instituciones, hasta encontrarse completamente extinguidos en el derecho Justiniano.

3. Efectos del Mancipium

La condición de persona *in mancipii* era bastante similar a la condición de los esclavos y a la de los hijos sujetos a potestad. Pero, éste tiene la gran ventaja, respecto al esclavo de conservar su libertad.

Sin embargo su entrada en este estado, conlleva una *capitis deminutio minima* y por tanto acarrea como consecuencia la obligación de prestar servicios al que los tiene *in causa mancipii*, en este caso se entienden que se hallaban *servi loco, in mancipii causa*¹⁷⁹. Pero el *mancipio dati* no podía ser maltratado y se encontraba protegido contra los abusos de poder del patrón, mediante el ejercicio de la *actio iniuriarum*¹⁸⁰.

¹⁷⁷ IGLESIAS, Juan, cit. (n 46), pp. 135-136

¹⁷⁸ MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 158.

¹⁷⁹ BONFANTE, Pedro, cit. (n 10), p. 174.

¹⁸⁰ GAIUS, I. 141, cit. (n 7).

El *mancipium* se traspasa a los herederos del titular a la muerte de éste.

El *in mancipio* puede ser manumitido empleando las mismas formas usadas en la manumisión del esclavo (*per vindicta*, *per censu*, o *per testamento*), sin que se les aplique las restricciones de las *leges Fufia Caninia* y *Aelia Sentia*¹⁸¹.

Estos incluso pueden obtener su libertad por censo aún contra la voluntad de aquel a cuyo *mancipium* se hayan sometidos, salvo que el *pater* se hubiese reservado su *pratria potestas*, pues en este caso lo entrega *in mancipio* para que fuera remancipado, por el mero hecho de retomararlo del *mancipium*; se excluye el caso de la persona dada *in mancipio* por “causa noxal”¹⁸².

Si al momento de la manumisión, se encuentra vivo el *pater* del *mancipium*, este recupera la patria potestad sobre el mismo¹⁸³, sin perjuicio de la limitación impuesta al *paterfamilias* por la ley de las XII Tablas, respecto la tercera venta del hijo.

Destaca la situación de que el *in mancipium* que fue manumitido conserva su ingenuidad, y que el patronato concedido a su manumisor, estaba reducido a un derecho de sucesión en los bienes del emancipado y a la tutela tanto sobre él, como sobre sus hijos¹⁸⁴.

¹⁸¹ GAIUS, I. 138-139, *ibid*.

¹⁸² GAIUS, I. 140, *ibid*.

¹⁸³ GAIUS, I. 132, *ibid*.

¹⁸⁴ Esta tutela recibe el nombre de tutela fiduciaria. Véase GAIUS, I. 166.

CAPITULO VI. *CONDICION JURIDICA DE LOS ALIENI IURIS Y SU EVOLUCION EN LA FAMILIA ROMANA*

1. Generalidades

De acuerdo a todo lo expuesto en los capítulos anteriores hemos podido determinar quiénes integran la calidad de *alieni iuris* y cuáles son los caracteres fundamentales de cada uno de ellos; sin embargo resulta de vital relevancia tratar de una manera separada los aspectos relativos a su condición jurídica, ya no desde la perspectiva del origen y status que cada uno ocupaba en la familia romana, sino desde el punto de vista de la capacidad que el derecho romano les reconocía a cada uno de ellos y cómo fue evolucionando dicha capacidad ya sea restringiendo o ampliando las facultades par actuar en la sociedad romana.

1.1 Capacidad jurídica y capacidad de obrar

En materia de capacidad jurídica debemos previamente referirnos brevemente a la capacidad de obrar o capacidad de ejercicio.

La capacidad de obrar¹⁸⁵ es la idoneidad para realizar actos con un efecto jurídico. Los actos pueden ser lícitos (negocios jurídicos) o ilícitos (transgresiones jurídicas, infracción de obligaciones personales y de otras pretensiones), distinguiéndose entonces:

- la capacidad de obrar en capacidad negocial
- capacidad delictual o de imputación

La primera dice relación con la posibilidad de realizar actos vinculantes lícitos y la segunda con la comisión de actos ilícitos.

La capacidad de obrar no siempre coincide con la capacidad jurídica. Así, por ejemplo, el *infans* (menor de siete años, en la ley justiniana) puede tener un patrimonio, si es *sui iuris*, pero no puede, por sí solo, adquirir derechos y contraer obligaciones. Para intervenir en el tráfico jurídico precisa la asistencia de una autoridad

¹⁸⁵ Falta en Roma un nombre técnico para designar la capacidad de obrar. De aquí las particulares disposiciones de los clásicos a propósito de la capacidad para realizar cada negocio.

protectora (*auctoritas tutoris*) que supla su falta de discernimiento. En todo caso la capacidad de obrar hace referencia a la facultad de realizar actos libremente, es decir, sin la necesaria mediación de ajena voluntad¹⁸⁶.

1.2 La capacidad de obrar en atención a la edad

En orden a la edad, en el derecho romano se distinguía entre el *infans*, el *impubes* y el *minor*. Adelantando desde ya que el *pubes* es quien tiene plena capacidad para disponer de su patrimonio, para obligarse y para actuar en juicio.

- El *infans* es aquel que no puede hablar o hacerlo con razón y juicio. Justiniano señala que el fin de la *infantia* tiene lugar a los 7 años. Tiene imposibilidad absoluta de obrar.
- *Impubes* es el varón o mujer que ha alcanzado el desarrollo intelectual suficiente para intervenir en el tráfico jurídico. Tal desarrollo va parejo con el sexual, y es necesario, según los sabinianos, determinarlo caso a caso, a través de una *inspectio corporis*. Justiniano señala que se alcanza la pubertad al cumplir los 14 y 12 años, respectivamente. El *impubes* es incapaz para todos aquellos negocios que puedan acarrearle perjuicio, y no puede, por tanto obligarse ni enajenar, aun cuando tenga la capacidad de adquirir y de obligar al extraño que con él contrata. En los textos se distingue entre:
 - *Impúberes infantiae proximi*: los cuales no son responsables por razón de los delitos.
 - *Pubertati proximi*. Se obligan ex delicto, siempre que sepan que delinquen y habida cuenta de la clase de hecho delictuoso.
- El *minor* es el menor de 25 años, quien tenía una curatela que trataba de proteger su inexperiencia en el ámbito de los negocios (*la cura minorum viginti quinque annorum*).

¹⁸⁶ IGLESIAS, Juan, cit. (n 46), p 147.

2. Condición Jurídica de los *filiifamiliae*

En principio, los hijos e hijas de familia, y demás descendientes sometidos a potestad, en su calidad de *alieni iuris*, son tan incapaces de goce como los esclavos; pero a diferencia de éstos, no tienen condición de *res* (cosa), pues con la muerte del *pater* se hacen libres, de donde su denominación de *liberi*. Pero ellos, lo mismo que los esclavos tienen capacidad de ejercicio¹⁸⁷.

Por otra parte, el hijo de familia tiene en primer lugar todos los derechos del *ius Gentium*, tiene igualmente capacidad para tener los derechos del *ius civile*, goza del *commercium* y del *connubium*, de los derechos de agnación y puede ser tutor. Puede hacer todos los actos de la vida civil (a excepción de los testamentos) y estos actos producen los efectos ordinarios, con tal que no haya algún obstáculo particular. Así, puede adquirir, solamente que lo que adquiere es adquirido para la familia, es decir, para el *paterfamilias*. Tiene capacidad para enajenar; pero de hecho no se presentará la posibilidad de hacerlo, no pudiendo en general, las personas que están bajo potestad, tener nada en propiedad¹⁸⁸.

En cuanto a sus El hijo de familia es, en cuanto a su persona, jurídicamente libre, puede contraer válido matrimonio y tener hijos legítimos. El derecho sacro y el penal tratan como persona enteramente libre y responsable al hijo de familia. En derecho público, los hijos de familia durante la república fueron adquiriendo la plena capacidad, por ejemplo, la requerida para el desempeño de magistraturas¹⁸⁹.

- **En cuanto a su capacidad patrimonial:** como ya hemos señalado, el *pater* era único y absoluto dueño del patrimonio familiar, por ende todo lo que el hijo adquiriría pertenecía al jefe de la familia¹⁹⁰, en consecuencia sólo el *paterfamilias* tiene capacidad patrimonial. El hijo sometido a patria potestad nada poseía mientras el *pater* estuviere vivo o mientras no lo emancipara.

¹⁸⁷ GUZMAN BRITO, Alejandro, cit. (n 79), I, p.365.

¹⁸⁸ MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 107.

¹⁸⁹ KASER, Max, cit. (n 96), p 278.

¹⁹⁰ En tal sentido véase, GAIUS, III. 163, cit. (n 7).

El *filiusfamilias*, en virtud de su sometimiento a la *potestas* del *pater*, no tiene ninguna capacidad patrimonial.

Desde el punto de vista patrimonial, el hijo de familia no puede en los orígenes ser titular de derechos, pues es solamente un instrumento de adquisición en provecho del *pater*.

Tampoco es posible a los descendientes hacer testamento válido ni causar sucesión por carecer de patrimonio. Mas pueden adquirir herencias y legados con el *iussum* del padre, pero lo adquirido va a parar a manos de aquel¹⁹¹.

Sin embargo, desde los primeros tiempos de Roma se introdujo a través de la práctica una institución que limitó esta unidad del patrimonio bajo el poder del *pater*, y le otorgó al hijo paulatinamente una mayor capacidad patrimonial, ésta fue el ***peculium***.

“Consistía el peculio en el patrimonio o parte de él, cuya administración separada concedía el cabeza de familia al hijo (y también al esclavo)”¹⁹².

“Peculium es una porción de bienes o dinero que el *pater* concede al *filius* con carácter libremente revocable”¹⁹³.

“Es éste un conjunto de bienes que el padre asigna al hijo, toda vez que por razones comerciales o de residencia o dignidad, crea oportuno concederle cierta libertad económica; la costumbre exige que de él formen parte integrante las herencias y los legados atribuidos al hijo y la dote que le hubiere llevado la mujer”¹⁹⁴.

El hijo respecto de estos peculios tenía su libre administración y podía a su vez, responder pasivamente, sin embargo no era propietario de ellos pues pertenecían al padre. Sin embargo el padre podía en cualquier momento revocar la concesión, pero en la práctica quedaban perpetuamente en poder del hijo y le eran atribuidos en

¹⁹¹ GUZMAN BRITO, Alejandro, cit. (n 79), I, p.367.

¹⁹² SERAFINI, Felipe cit. (n 33), p. 326.

¹⁹³ MIQUEL, Joan, cit. (n 103), p. 375.

¹⁹⁴ ARANGIO RUIZ, Vincenzo, cit. (n 18), p. 535.

propiedad cuando se le emancipaba, o computados en la cuota hereditaria.

- Clases de peculio:

a) Peculium profecticiū: Es el más antiguo. Estaba formado por bienes que el *pater familias* entregaba al *filius familias* para que lo administrara y que con frecuencia dedicaba al comercio o la industria. El *pater familias* era siempre propietario del *peculium* y era revocable en todo momento. El *filius familias* no podía enajenar los bienes del peculio y cuando lo hacía pasaba a ser propiedad del *pater familias*.

Habiendo peculio, el padre responde de toda obligación contraída por el hijo, aun sin conocimiento suyo y aunque no sea por concepto de algún negocio peculiar, si bien hasta la medida de aquél o del provecho que reversionó en su favor (*actio de peculio vel in rem verso*)¹⁹⁵.

Ahora bien, en la época imperial asistimos a un desarrollo del régimen de los peculios, caracterizado por ser irrevocable y por su progresiva autonomía frente al *pater*. El punto de partida de esta evolución lo constituyó el *peculium castrense*¹⁹⁶.

b) Peculium castrense: Estaba formado por los bienes que el *filius familias* adquiría en el ejército, ya fuese por sueldo o botín, ya por legado de sus commilitones, ya como donación de sus padres y parientes, para el servicio militar.

Pero en la crisis de la República y en los comienzos del Imperio, el desarrollo de los donativos y la transformación del servicio militar en oficio retribuido, hicieron sentir la oportunidad de sustraer la suerte de los bienes en cuestión al arbitrio de los padres, unido a la concepción, difundida en Oriente, de que el hijo pudiese tener un patrimonio propio

¹⁹⁵ GUZMAN BRITO, Alejandro, cit. (n 79), I, p.367.

¹⁹⁶ MIQUEL, Joan, cit. (n 103), p. 376.

Augusto fue el primero en conceder al hijo de familia el derecho de disponer por testamento del peculio castrense, y sus sucesores reiteraron y extendieron también a los licenciados y veteranos el mismo privilegio, en términos que el hijo de familia fue considerado como propietario de este peculio. Finalmente el padre no podía pretender derecho alguno sobre él, sino en el caso de fallecimiento intestado del hijo¹⁹⁷.

Este régimen se suele definir afirmando que el *filius familias* es *dominus* del peculio castrense, salvo un derecho en potencia del padre que la muerte intestada de aquel hace revivir (fenómeno que es parangonado al *postliminium*).¹⁹⁸

Esta autonomía y plena capacidad alcanzada por aquél con respecto a su *peculium castrense* quedó expresada con la fórmula de considerar que “los hijos de familia funcionan en vez de padres de familia en el peculio castrense” (*cum filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur*). Complemento necesario de ello fue negar al padre el derecho de quitar el peculio castrense a su hijo, incluso al darlo en adopción o al emanciparlo.

c) Peculium quasicastrense: surge en la época postclásica y estaba formado por los bienes que el *filius familias* adquiría como funcionario de la corte imperial o en distintas funciones civiles y religiosas, al cual fueron aplicables los mismos principios jurídicos que al *peculium castrense* del *filius familias miles*. También el padre adquiría este peculio cuando el hijo le premoría sin testamento; pero Justiniano dispuso que, aún en este caso, tuviese lugar la sucesión ordinaria ab intestato.

d) Peculium adventicium: Estaba formado por los bienes procedentes de la madre que adquiría tanto por herencia (*bona materna*) como por donación o de los abuelos maternos (*bona materni generis*), o, en general, según las disposiciones de Justiniano de cualquier persona distinta del

¹⁹⁷ SERAFINI, Felipe cit. (n 32), p. 327.

¹⁹⁸ ARANGIO RUIZ, Vincenzo, cit. (n 18), p. 536.

padre (*bona adventicia*). Sobre estos bienes correspondía la propiedad al hijo y el usufructo, por regla general, al padre.¹⁹⁹ Sin embargo el hijo no puede enajenarlos o pignorarlos sin la voluntad del padre, ni disponerlos por testamento. Con la emancipación el hijo adquiere el goce de ellos con la facultad de testar; por otra parte, el padre como usufructuario tenía la facultad de pagar las deudas conexas con la adquisición de los mismos bienes y de vender las cosas perecederas, pero con la obligación de sustituir en el usufructo las cosas vendidas por su precio y de rendir cuentas de la administración. Sin embargo, el usufructo es negado al padre (*bona adventicia irregularia*) si él ha rehusado su concurso en la adquisición, o si los bienes fueron donados al hijo bajo la condición de que el padre no tenga su goce, o si, finalmente, proceden de la herencia de otro hijo, dividida entre el padre y los hermanos supérstites²⁰⁰.

Finalmente, muerto el padre, estos bienes permanecen en el hijo quien los tiene plenamente y si muere el hijo, se abre una especial sucesión intestada a favor de sus propios descendientes.

De esta manera el principio clásico de la incapacidad de goce del hijo fue paulatinamente limitada hasta casi desaparecer en el derecho justiniano.

El *peculium profecticium* era un peculio al estilo antiguo, que representaba la incapacidad de adquirir que en otro tiempo rodeaba al hijo de familia y la posición análoga a la de un esclavo que dicho hijo había ocupado anteriormente. Por el contrario, el *peculium castrense* y el *quasicastrense*, así como los *bona adventicia*, eran peculios al modo moderno, que representaban, no ya la incapacidad de adquirir que en otro tiempo tenían los hijos de familia, sino al revés, la capacidad de éstos para tener patrimonio activo, introducida por el nuevo Derecho²⁰¹.

¹⁹⁹ SERAFINI, Felipe cit. (n 33), p. 328.

²⁰⁰ ARANGIO RUIZ, Vincenzo, cit. (n 18), p. 537.

²⁰¹ SOHM, Rodolfo, cit. (n 137), p. 641.

- **En cuanto a la capacidad en materia de obligaciones:**

Originariamente, un hijo *in potestate* no podía obligarse mediante contrato²⁰²; sin embargo en el derecho clásico continuó vigente este principio con respecto a la *filiafamilias*, en cambio un hijo sometido a potestad podía obligarse mediante contrato²⁰³.

En materia obligacional el hijo puede intervenir en cualquier acto que sea fuente de obligaciones y si actúa como parte acreedora obliga a la contraparte a favor de su padre, no de sí mismo²⁰⁴.

La enajenación hecha por el hijo y la deuda por él contraída, estaban desprovistas de efecto jurídico para el padre, salvo los casos que daban lugar a las acciones *adiecticiae qualitatis*²⁰⁵. Las acciones *adiecticiae qualitatis* o de cualidad agregada o con trasposición de personas son acciones creadas por el pretor para hacer valer la responsabilidad del *pater familias* respecto de las obligaciones contraídas por el *filius* o por el esclavo²⁰⁶, en distintos supuestos. Así, los acreedores que habían contratado con el *filius* o el esclavo podían reclamar sus créditos al *pater*, como si hubiesen contratado con él mismo. La técnica utilizada por el pretor para conseguir este objetivo consistía en agregar a la fórmula de la acción común, la *actio adiecticiae qualitatis* adecuada, lo que se traducía en que la fórmula que se redactaba representaba la mixtura de ambas; concretamente, ello implicaba que en la *intentio* se mencionaba al dependiente, en tanto que en la *condemnatio* se escribía el nombre del *pater*.

Por otra parte, concordante con el hecho de que se reputan pertenecer al padre todos los créditos, derechos y bienes adquiridos por el hijo, a éste no se le permitía disminuir el patrimonio familiar con donaciones y

²⁰² GAIUS, III. 104, cit. (n 7).

²⁰³ SCHULZ, Fritz, cit. (n 8), p. 148.

²⁰⁴ GUZMAN BRITO, Alejandro, cit. (n 79), I, p.366.

²⁰⁵ ARANGIO RUIZ, Vincenzo, cit. (n 18), p. 535.

²⁰⁶ GAIUS, IV. 70, cit. (n 7).

disposiciones mortis causa, ni obrar en juicio en nombre propio (salvo excepciones), ni por regla general obligar pasivamente al padre; sin embargo podemos señalar las siguientes excepciones a estas limitaciones:

- Cuando el hijo comete un delito y perjudica a un tercero, el padre debe indemnizarlo o entregarle en *mancipio* al hijo. En la época postclásica, la *noxae deditio* cae en desuso.
- En cuanto a las obligaciones provenientes de contratos, el padre permanecía obligado en dos casos:
 - Cuando el hijo celebró contrato según su orden expresa (*actio quod iussu*).
 - En el caso de que el padre le haya concedido un peculio u obtenga ventajas a consecuencia de la obligación contraída, aunque el hijo se haya obligado sin conocimiento del padre. En este caso el acreedor dispone de acción hasta la medida del peculio o beneficio (*de peculio vel in rem verso*).

- **En cuanto a la capacidad para actuar en juicio:**

- El *ius civile* le negaba la capacidad al hijo de familia para ser actor en una causa propia, sin embargo, el pretor admitió con una cláusula especial del Edicto, que él pudiese interponer la acción de injurias cuando la ofensa recibida no pudiese ser vengada ni por el pater por hallarse ausente o demente, ni por un procurador del padre mismo.
- La jurisprudencia concedió al hijo en hipótesis análogas otras acciones *vindictam spirantes*²⁰⁷. y medios judiciales como el *interdictum quod vi aut clam*, que consistía en un interdicto restitutorio concedido para proteger al propietario de un terreno en el que, sin su permiso o clandestinamente, se habían hecho obras que dañaban al fundo.
- Posteriormente se le admitió el ejercicio de las acciones in factum de depósito y comodato.

²⁰⁷ Denominación moderna para designar las acciones de venganza en las que se persigue una reparación moral o la satisfacción de una ofensa. Las más importantes son la *actio iniuriarum* y la *actio de calumnia*. Véase, GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*, (Madrid 2000), [en línea]. Disponible en: <http://goo.gl/t81cc>, p. 21.

- En la *cognitio extra ordinem*²⁰⁸ los hijos de familia fueron admitidos con mayor amplitud; y el predominio del sistema de las *cognitiones* concurrió con los nuevos criterios sobre el ordenamiento de la familia a determinar la tendencia del derecho posclásico y de conceder al filius familias toda suerte de acciones, cuando circunstancias graves impidieran al padre obrar en tutela de sus intereses.²⁰⁹
- Por otra parte, como ya hemos señalado, por regla general, si el hijo interviene como parte deudora se obliga por sí y no hace deudor al padre, pudiendo por ende, ser demandado; pero cuando es condenado no se lo puede ejecutar por carecer de patrimonio; en este sentido el hijo tiene además capacidad procesal pasiva. En consecuencia, la persecución de estas obligaciones no será de hecho eficaz hasta después que el hijo haya pasado a ser *sui iuris*, a menos que tenga bienes propios de que pueda disponer.
- **En cuanto a sus derechos políticos:** a pesar de las restricciones analizadas en acápites anteriores, los hijos de familia tienen plena capacidad, intervienen pues, en las asambleas populares con voto y pueden ser elegidos magistrados e ingresar en el senado; el poder del padre no alcanza al ejercicio de estos derechos y cargos.

3. Condición jurídica de la mujer en el derecho romano

3.1 Aspectos generales

La mujer romana no podía participar en la vida pública de la *civitas*, tenía cerrado el acceso a las Magistraturas, al Senado y a las Asambleas populares. No tenía derecho de voto, ni ella misma podía ser elegida Magistrada.

²⁰⁸ El procedimiento "extraordinario" ("*cognitio extra ordinem*") fue creado por Diocleciano en el siglo IV de nuestra era, en el año 342, surgiendo como procedimiento de excepción. Con el tiempo se transformó en un procedimiento ordinario.

²⁰⁹ ARANGIO RUIZ, Vincenzo, cit. (n 18), p. 539.

Tiene la ciudadanía pero no los derechos políticos, y está excluida de aquellos cargos u oficios privados que se consideraban incompatibles con la condición femenina. La tradición jurídica inspirada en las primitivas mores, mantuvo a la mujer alejada del Foro y de los *officia publica*.

En cambio, la mujer, sí tuvo importantes cargos sacerdotales como las flámines y las vestales. La intervención de la mujer en la vida política, aún de modo indirecto, es importante en la historia de Roma. Las mujeres tuvieron un papel decisivo en acontecimientos importantes de la vida romana, a modo de ejemplo tenemos a Cornelia, hija de Escipión el Africano y madre de los Gracos, Terencia, esposa de Cicerón, a Livia, esposa de Augusto, etc.. También, fue decisivo el papel de las mujeres en la abolición de la Lex Opia suntuaria promulgada el año 215 aC., durante la II Guerra Púnica, por el que se prohibía a las mujeres poseer para su uso más de media onza de oro, llevar vestidos de varios colores y hacerse llevar por Roma o mil pasos a distancia de ella en carruajes tirados por caballos, como no fuese para ir a los sacrificios públicos, finalmente derogada, por la lex Valeria Fundana el año 195 aC., con la oposición de Catón²¹⁰.

En general, la posición jurídica de la mujer es muy inferior a la del hombre. No sólo carece de capacidad para participar en las tareas políticas, sino que sufre graves limitaciones dentro de la esfera privada. En efecto, no puede ejercer la *patria potestas*, ni puede tampoco (salvo excepciones en la época de Justiniano) ser tutora de impúberes y adoptar hijos. Igualmente, le está vedado intervenir como testigo en un testamento, figurar en juicio por otros (*postulare pro aliis*), entablar una acusación pública y contraer obligaciones a favor de terceros (*intercedere pro aliis*), en los términos del S.C. Veleyano del año 46 de C. Una *lex Voconia* del 169 A.C. limitó su capacidad de suceder por testamento, y limitado fue asimismo, por obra de la jurisprudencia, su derecho de sucesión legítima o ab intestato.

²¹⁰ GAMBOA IRIBARREN, Blanca, *Mujer y sucesión hereditaria en Roma*, (País Vasco 2008), [en línea]. Disponible en: <http://goo.gl/tj95m>, p. 27.

La mujer se halla siempre sometida a una potestad familiar: *la patria potestas* si es *filiafamilias*, *la manus* si es esposa y la tutela si es *sui iuris*²¹¹.

3.2 Condición Jurídica de la mujer casada

- **En cuanto al patrimonio:**

a) Mujer casada in manu: como ya hemos señalado, durante los primeros siglos de la evolución social romana era usual que por virtud de un acto jurídico adicional al matrimonio la mujer se desvinculara del grupo agnaticio al que pertenecía para pasar a integrar el del marido, lo cual traía como consecuencia la pérdida de los derechos hereditarios propios de su primitivo parentesco agnaticio, pasando a integrar la familia de su marido; en tales circunstancias, por la *conventio in manum*, el marido tenía sobre su mujer la potestad de la manus.

El efecto inmediato de la *conventio in manum* sobre la mujer casada es dejarla bajo la *manus* de su marido *sui iuris* y por ende en la condición de *alieni iuris*, por el cual todo el patrimonio activo de la mujer ingresaba en el del marido, lo mismo ocurría con el patrimonio activo adquirido durante la vigencia del matrimonio bien por herencia, por donación, por el trabajo propio, etc.

El marido es el propietario exclusivo de ese patrimonio con derecho a disponer de él discrecionalmente inter vivos o mortis causa, la mujer era *heres* legítima de su marido al igual que eran herederos legítimos los hijos *in potestate*²¹².

b) Mujer casada sine manu: El matrimonio libre, no acompañado de la *manus* o *potestas* marital sobre la mujer, ya es conocido en las XII Tablas, pero es en el S.I a. C., cuando alcanza una gran difusión. En los matrimonios libres, a diferencia de lo anterior, la mujer que no se hallaba bajo la

²¹¹ IGLESIAS, Juan, cit. (n 46), p 151.

²¹² SCHULZ, Fritz, cit. (n 8), p. 113.

potestad del padre, tenía la libre propiedad y administración de sus bienes, pero para algunos actos dependía de su tutor.

Los matrimonios libres no producían efectos patrimoniales inmediatos, no hay absorción por el marido de los bienes de la mujer.

El marido y la mujer seguían siendo propietarios de los bienes que tuviesen al contraer matrimonio, y los adquiridos durante el matrimonio eran de quien los adquiría, ya sea por herencia, legados, donaciones, propio trabajo, etc. Cada uno de los cónyuges podía disponer libremente de su propiedad *inter vivos* y *mortis causa*. Tales bienes pueden ser administrados por la propia mujer, la cual dispone de ellos con entera libertad. La mujer, especialmente, no necesitaba autorización marital para los actos en los que interviene, ni el marido es responsable de las deudas contraídas por la mujer²¹³.

- **En cuanto a las deudas:** por la *capitis deminutio* que afectaba a la mujer al entrar bajo la *manus* del marido sus deudas se extinguían, exceptuándose de esta regla, a las obligaciones que procedían de herencias, delito o depósito y aún respecto de las demás subsistía la obligación natural; y si el marido no respondía por la mujer, lo remediaba el pretor concediendo una acción útil a los acreedores, con ejecución en los bienes que hubiese aportado a la nueva familia y también a los que hubiese adquirido.

Asimismo, si durante el matrimonio la mujer se obligaba positivamente para con terceros o cometía algún delito, los acreedores se podían dirigir contra ella y hasta hacer vender sus bienes, si el marido no respondía de aquellas obligaciones²¹⁴.

- **La dote:**

La forma más antigua de la dote es la profecticia que eran los bienes entregados al marido y que se constituía por el

²¹³ SCHULZ, Fritz, cit. (n 8), p. 113.

²¹⁴ GAIUS, IV. 80, cit. (n 7).

padre de la mujer siendo su finalidad dentro del matrimonio *cum manu* compensar la pérdida de los derechos sucesorios al salir la mujer de la familia del *pater*.

El sentido de la dote era un aporte destinado a sufragar los gastos domésticos. En la época republicana comenzó a prevalecer la tendencia a considerar los bienes dotaless como propios de la mujer aunque casi siempre se conservaran en el dominio del marido. Esto trajo como consecuencia la idea de la devolución de la dote al término del matrimonio y para garantizar su efectividad se estableció la obligación del marido de no enajenar los fundos itálicos dados en dote.

Este concepto llevó al pretor a pedir garantía de la devolución de la dote mediante una promesa llamada *Cautio rei uxoriae*, que se extendió probablemente para todos los casos de divorcio y aún para el caso de muerte de la mujer. En el derecho justiniano la posición de la mujer en cuanto a los bienes dotaless resulta muy fortalecida y la propiedad del marido sobre los bienes dotaless pasa a ser un simple derecho de usufructo²¹⁵.

4. Condición jurídica de los esclavos

Tal como indicamos en el capítulo correspondiente al *servus*, este reúne al mismo tiempo la condición jurídica de cosa y en sentido natural de hombre o “persona”, correspondiéndole en tal sentido una “personalidad natural”, de acuerdo a la cual, si bien no tienen capacidad de goce, pero sí tiene, aunque circunscrita a un ámbito limitado, capacidad de obrar. Estos se hayan excluidos absolutamente de los derecho políticos.

- **En cuanto a las relaciones de familia:** En atención a su incapacidad el *servus*, no tiene *ius connubii*, por lo que no se encuentra reconocido el matrimonio entre esclavos, ni tampoco el parentesco²¹⁶, no le son aplicables de tal forma

²¹⁵ HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, cit. (n 27), p. 6.

²¹⁶ Respecto al parentesco entre esclavos, Justiniano le concede ciertos efectos en materia sucesoria intestada.

los crímenes de adulterio ni estupro; pero, en virtud de su personalidad natural, sí se admite la unión de hecho entre esclavos siempre que esta fuera estable, se llama *contubernium*, esta unión y las personas unidas por este vínculo reciben el nombre de *coniuges*, *conservus*, *conserva*, o *contubernaes*²¹⁷; asimismo se reconoce un parentesco sanguíneo denominado *servilis cognatio*, el cual tenía efectos como causal de impedimento para el matrimonio; Justiniano también le concedió consecuencias jurídicas a éste en materia de sucesión intestada.

- **En cuanto a su capacidad patrimonial:** Revelamos que el *servus* al igual que los *filiifamilias*, tiene cierta capacidad de obrar.

- El *servus* puede actuar jurídicamente, pero los efectos de esta actuación se encuentran subordinados a la potestad que ejerce el *dominus*, por lo que todo lo adquirido por el esclavo, no lo adquiere para sí, sino que para el dueño, pues él carece de capacidad patrimonial. esta situación es explicada claramente por Gayo²¹⁸ al señalar que: “lo que los *liberi*, sometidos a nuestras *potestas* o nuestros esclavos reciban por la *mancipatio* o adquieran por *traditio*, ya sea que provenga de una *stipulatio* o de cualquier otra causa, es adquirida por nosotros, ya que aquel que está sometido a nuestras *potestas*, no puede tener nada suyo. En consecuencia, si es instituido heredero sin nuestra intervención no puede aceptar la herencia; y si mediando nuestra orden, él acepta, somos nosotros quienes adquirimos la herencia como si fuéramos instituidos herederos. Y de acuerdo con esto, se sobreentiende que por medio de ellos podemos adquirir un legado”.

Sin embargo el esclavo no puede celebrar la *in iure cessio* o de la *adjudicatio*, Gayo²¹⁹ lo dice expresamente al disponer que “quienes están sometidos a nuestras *potestas* no pueden

²¹⁷ IGLESIAS, Juan, cit. (n 46), p 120.

²¹⁸ GAIUS, II. 87, cit. (n 7).

²¹⁹ GAIUS, II. 96, ibid.

celebrar la *in iure cessio*, ya que en efecto, estos individuos no pueden tener nada como propio. Y de acuerdo con ésto, se sobreentiende que no pueden por sí realizar *in iure* una *vindicatio*". La razón de esta restricción estaría en la imposibilidad del *servus* de participar en una *legis actio*, (base de la *in iure in cessio*) y en la incapacidad del mismo para ser parte de un proceso.

El esclavo asimismo adquiere para el dueño, por otros hechos, como mediante la ocupación, adquisición de frutos etc. Igualmente el esclavo puede adquirir la posesión para el dueño, siempre que obre con conocimiento de éste.

- El *servus* puede al igual que el *filiusfamilias* tener un peculio, entregándole el *dominus* una pequeña cantidad de bienes o dinero para que éste los administre y disfrute. Se conforma el peculio principalmente con los ahorros del esclavo, también pasan a integrarlo las dádivas del dueño y los donativos hechos por terceros al esclavo; pero, al constituir una concesión por parte del *dominus*, éste a su arbitrio podía retirarlo cuando lo deseara; debiendo asimismo retornar al *dominus* en caso de muerte del esclavo. La administración del peculio le concede al esclavo cierta autonomía económica, y es considerado por la sociedad romana como patrimonio del esclavo, aunque solamente de hecho, el cual le permite en muchos casos utilizarlo para comprar su libertad. En razón de este peculio el esclavo entró a relacionarse con terceros. Pero necesitaba que el amo le concediera la *libera administratio peculii*, para efectuar una enajenación válida.

Se le concedió al tercero la *actio de peculio*²²⁰ pero, sólo por el monto del peculio, salvo que el acto reportara beneficios para el amo, porque en tal caso también podía reclamar hasta concurrencia del respectivo beneficio.

- El esclavo no puede dejar testamento válido ni causar sucesión con su muerte, pero conforme a Gayo²²¹ "si el esclavo ha sido instituido heredero con la libertad, siempre

²²⁰ GAIUS, IV. 72a, cit. (n 7).

²²¹ GAIUS, II. 188, cit. (n 7).

que permanezca en esa condición, se hace por el testamento libre y heredero necesario”.

- **En cuanto a la capacidad en materia de obligaciones:** El esclavo no puede obligarse, sea respecto a su *dominus*, sea respecto a cualquier otra persona²²²; pero conforme al derecho pretorio, el esclavo puede obligar al *dominus* como deudor, siempre que éste lo autorice; precisamente el *dominus* utilizaba al *servus* en la celebración de actos jurídicos, en tal caso el *dominus* se constituye en deudor por dichos actos²²³, y respecto a esta responsabilidad le son aplicables las normas pretorias referentes al ejercicio de las *actiones adiecticiae qualitatis*²²⁴; igualmente resultaba obligado el *dominus*, aunque no prestara su consentimiento, si los actos celebrados por el *servus*, le reportaban beneficios, ya sea de una manera total o parcial, es este caso solo lo obliga en la medida del beneficio reportado; asimismo resultaba obligado el dueño en casos que colocaba al *servus* a la dirección de un negocio terrestre como *institor*²²⁵ o marítimo como *magister navi*, es estos casos el amo queda obligado por el total, respecto de la obligaciones contraídas en dichos negocios²²⁶.

Ya en la época post clásica, se admitió la posibilidad de que el esclavo contrajera obligaciones aunque sólo naturalmente (“*naturali obligari*”), en tal caso se le consideró deudor natural; el esclavo podía contraer tales obligaciones con otros esclavos pertenecieren al mismo amo, o que fueran propiedad de otra persona, incluso con personas libres. Si el esclavo fuera manumitido y estas obligaciones permanecieran vigentes con posterioridad a su manumisión, adquieren el

²²² GAIUS, III. 104, ibid.

²²³ En este caso nos encontramos frente a una representación indirecta, por la cual si bien el *servus* actúa a nombre propio pero en interés del *dominus*.

²²⁴ GAIUS, IV. 70, cit. (n 7).

²²⁵ En la Roma clásica se utilizaba la palabra *institor* para designar a la persona que recibe el encargo, a quien gestiona un negocio. Véase GUZMAN BRITO, Alejandro, cit. (n 79), p. 314.

²²⁶ El pater al igual como los hacia con el esclavo podía colocar al filiifamilias a la dirección de sus negocios.

carácter de civiles desde que el *servus* ha obtenido su libertad²²⁷.

- **En cuanto a la capacidad delictual:**

- Respecto a la responsabilidad criminal, el *servus* responde de los delitos calificados jurídicamente como tales, puede entonces ser reo de las penas derivadas de la perpetración de tales hechos.

- En cuanto a la responsabilidad por ilícitos de carácter privado, es civilmente responsable el *dominus* y no el *servus*, pero éste puede liberarse de la responsabilidad pecuniaria, mediante el ejercicio de la *actio Noxalis*²²⁸, entregando al *servus* a la víctima del delito. El tercero lesionado por los delitos cometidos por el *servus*, tiene una acción directa contra el esclavo después de su manumisión²²⁹.

- **En cuanto a la capacidad para actuar en juicio:** En el orden procesal carece de capacidad para actuar en juicio, ya como actor, ya como demandado. “*Extra ordinem* se admite a proceso en algunos casos”²³⁰ así:

- Para solicitar la manumisión por causa de un fideicomiso que el fiduciario se niega a cumplir.
- Podía solicitar al cónsul que se designe un juez o árbitro llamado a examinar si se cumplió o no la condición bajo la cual fue manumitido el esclavo²³¹.
- Desde Marco Aurelio, se admitió la presencia del esclavo para acusar en caso de haber sido suprimido un testamento en el que le era concedida la libertad.
- Asimismo, también se permitió su intervención, para pedir al *profectus urbi* que compela al amo a que le dé su libertad al siervo que la compró con su dinero si el amo, pese a haberlo recibido, se niega a otorgarsela.

²²⁷ MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 125.

²²⁸ GAIUS, IV. 75- 76, ibid.

²²⁹ GAIUS, IV. 77, ibid.

²³⁰ GUZMAN BRITO, Alejandro, cit. (n 79), p. 313.

²³¹ Esta participación del siervo fue permitida desde Antonio Pio.

- **En cuanto al derecho sacro:** De acuerdo a éste, el esclavo tiene una personalidad, que se manifiesta en el culto público y familiar; de tal forma pueden participar en el culto de los antepasados del amo y de la ciudad; se les reconocen sus dioses; pueden hacer votos y juramentos; el sitio en que está sepultado un esclavo es considerado lugar religioso²³²; se les aplica el régimen del *ius sepulchri* y pueden participar en los *collegia funeraticia*, con autorización del *dominus*.

5. Condición jurídica de las personas *in causa mancipii*

- **En cuanto a sus derechos políticos:** La persona *in causa mancipii* conserva su libertad y ciudadanía, como consecuencia de lo anterior, permanece inscrita en el censo, mantiene su participación en el comicio y en el ejército, en teoría tienen el *jus honorum*.
- **En el ámbito privado:** Retienen el *conubium* y por tanto el matrimonio contraído con anterioridad a la causa *in mancipii* como el celebrado durante esta condición se considera “*iustae nuptia*”, y los hijos que tuviere son legítimos y no quedan *in mancipio*.
- **En el aspecto patrimonial:** El *in mancipium*, como todo *alieni iuris* carece de capacidad de goce y en cuanto a su capacidad de ejercicio su situación no varía de los otros individuos sujetos a potestad y le son aplicables en consecuencia las reglas señaladas respecto de éstos; en efecto las personas *in causa mancipii* pueden celebrar actos de adquisición y recibir herencias pero, al igual que el fruto de su trabajo, éstos pasaban a pertenecer a la persona que lo tiene *in mancipio*²³³; pueden celebrar actos que obliguen a terceros, pero los obligan para ante aquella misma persona, pero no podían obligarse ni obligar al que los tiene *in mancipii* con terceros; sin perjuicio de esto los acreedores del

²³² JUSTINIANO, D. 11, 7, 2, cit. (n 12).

²³³ GAIUS, II. 86-87, II. 90, cit. (n 7).

mancipium, al igual que respecto a la *manus*, pueden realizar los bienes que hubiesen sido de éstos, en el caso que no estuvieran sujetas al derecho de un tercero, salvo que este último los defendiera por el todo²³⁴.

Por último cabe destacar que las fuentes no mencionan al *in mancipium* al tratar las acciones concedidas a los demás *alieni iuris* tales como la de *peculio*, *tributario*, etc.²³⁵.

²³⁴ GAIUS, IV. 80, *ibid*.

²³⁵ MAYNZ, Carlos, cit. (n 38), III, p. 157.

CAPITULO VII. ANALISIS COMPARATIVO CON EL DERECHO NACIONAL VIGENTE.

1. Generalidades

Conforme a lo expuesto en los capítulos anteriores respecto a las personas *alieni iuris* y sobre todo en consideración a la condición jurídica de las mismas, nos parece de toda relevancia efectuar un estudio comparativo con el derecho vigente, para lo cual se intentará hacer una breve referencia a la evolución y regulación de distintas instituciones atinentes al tema.

Ahora bien para efectuar este análisis es necesario delimitar los tópicos a comparar.

En consideración a lo anterior, hemos querido centrar este parangón en lo tocante a la capacidad en el derecho actual, donde sólo haremos referencia a la situación de la mujer casada y a los hijos menores de edad; excluyendo la situación del esclavo, por encontrarse abolida la esclavitud; y dejando fuera también a las personas *in causa mancipii*, ya en tiempos de Justiniano esta institución se encuentra totalmente desaparecida y además por no encontrar hoy en día situación que se le asemeje.

Como es sabido, don Andrés Bello utilizó el Código Civil Francés como una de sus fuentes en la elaboración del Código Civil, código con corte romanista; esto explica que muchas instituciones de nuestro derecho civil tengan sus raíces en el Derecho Romano Clásico.

Sin embargo, instituciones como el matrimonio no se asemejan a las del Derecho Romano Clásico, sino más bien a las del Derecho Romano Post- Clásico.

2. La capacidad jurídica en el derecho romano y el actual

En cuanto a la capacidad jurídica, nuestro código civil actual hace claramente la diferencia entre la capacidad de goce y la de ejercicio, siendo la primera la aptitud legal para ser titular de derechos y la segunda, la aptitud para hacer valer los derechos sea

mediante la celebración de actos jurídicos, sea mediante la realización de hechos lícitos²³⁶. A esta última capacidad se refiere el artículo 1445 inciso 2º del Código Civil chileno²³⁷.

En nuestro derecho todo individuo de la especie humana es considerado persona y sujeto de derechos, y como tal, se le reconoce capacidad de goce, sin que sea posible concebir la falta de esta capacidad; por otra parte, nuestro derecho consagra que todas las personas son capaces de ejercicio, salvo los que la ley declara incapaces, haciéndose la distinción entre incapaces absolutos y relativos, diferenciándose en que los primeros carecen de toda posibilidad de actuar en la vida jurídica de manera personal, requiriendo siempre ser representados.

A diferencia de ello, en el derecho romano no todos los individuos eran sujetos de derecho; tendiendo únicamente tal calidad quienes eran libres, ciudadanos romanos y, en el ámbito familiar, *sui iuris*.

3. Capacidad jurídica de la mujer casada en el derecho romano y el actual

3.1. Introducción

Nuestro Código Civil actual establece en su artículo 1749 que el marido es el jefe de la sociedad conyugal, y que como tal administra los bienes sociales y los de su mujer, sujeto a ciertas limitaciones y al cumplimiento de ciertos requisitos.

Cuando decimos que el marido es el jefe de la sociedad conyugal nos estamos refiriendo a la sociedad conyugal no sólo como un régimen patrimonial del matrimonio sino que a esa sociedad conyugal conformada por la unión de un hombre y una mujer que produce consecuencias personales y patrimoniales.

Según el artículo 1752 del CC la mujer no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la vigencia de la sociedad, salvo en los casos expresamente señalados por ley.

²³⁶ LEÓN HURTADO, Avelino, *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*³ (Santiago 1990), p. 292.

²³⁷ En adelante CC

Asimismo, en relación a los bienes propios de ésta, el artículo 1754 inciso final del CC le prohíbe ejecutar o celebrar actos o contratos o ceder la tenencia de los bienes de su propiedad que administre el marido, sino en los casos de los artículos 138 y 138 bis.

La Ley N° 18.802 otorgó plena capacidad jurídica a la mujer casada en sociedad conyugal, por lo tanto, de acuerdo a lo que declara la ley, ésta tiene la aptitud legal para adquirir y ejercitar por sí misma derechos civiles, sin embargo mantuvo la facultad de administración de los bienes sociales y de los bienes propios de la mujer en el marido; el cual en todo caso, necesita la autorización de la mujer para realizar los actos jurídicos señalados en el artículo 1749 incisos 3, 4 y 5.

Entonces, si analizamos el inciso final del artículo 1754 del CC podemos apreciar que existe una ostensible o manifiesta contradicción a lo que declara la ley, y el espíritu de ésta en la modificación de la ley civil que pretendió dar cumplimiento a la normativa internacional relativa a establecer la igualdad jurídica entre hombres y mujeres. Es del caso resaltar que esta ley 18.802 fue promulgada y publicada unos meses antes de la ratificación, por nuestro país, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

De acuerdo al panorama expuesto, podemos apreciar claramente que la capacidad otorgada a la mujer es sólo teórica y que la actual legislación civil contiene normas que abiertamente se oponen a los postulados de la Carta Fundamental que consagra y predica la igualdad jurídica sin distinción de sexo y por otra parte el respeto irrestricto a los Derechos Fundamentales.

Sin embargo, para llegar a la actual situación jurídica de la mujer fue necesaria una gran evolución en la cual se fueron restringiendo las facultades del marido en la administración y otorgándole a la mujer mayor ingerencia y participación en ésta.

3.2. Breve referencia histórica

Con respecto a las facultades legales del marido para administrar la sociedad conyugal, podemos señalar los siguientes hitos históricos en su evolución:

3.2.1. Bajo la sola vigencia del código civil

En el Código Civil de Bello, la mujer casada era relativamente incapaz. Siempre se dio como razón para ello, que era necesaria esta incapacidad para mantener la unidad del régimen matrimonial chileno. La mujer era incapaz no por ser mujer ni por ser casada, sino por encontrarse casada en un régimen de sociedad conyugal. El artículo 1447 del Código Civil, la consideraba relativamente incapaz, al lado de los menores adultos y de los disipadores en interdicción de administrar lo suyo.

Se podía decir que en esa época el marido tenía facultades omnímodas con respecto a la administración de los bienes de la sociedad conyugal; en efecto, el marido podía no solamente preocuparse de la conservación y el incremento de los bienes sociales sino que también podía disponer libremente de ellos. Por consiguiente podía enajenar los bienes sociales fueran muebles o inmuebles, podía gravar los bienes sociales con hipoteca, censo o servidumbre, podía darlos en arrendamiento por cualquier tiempo, sus facultades eran absolutas.

Había sin embargo, lo que se ha denominado “reflexión a estas libertades” que eran la posibilidad de la mujer de pedir la separación judicial de bienes, pero para pedirla debía existir una causal legal y estas eran: una administración fraudulenta que hacía el marido o bien que el marido había sido declarado en quiebra o en notoria insolvencia o bien había un mal estado de los negocios del marido y como se comprenderá a esa altura en que el marido estaba en quiebra o sus negocios en mal estado o administraba fraudulentamente, sin duda que la solución era tardía.

La jurisprudencia además siempre resolvió que el marido no podía administrar los bienes sociales en fraude de los derechos de la mujer. Esta constituyó una limitación consagrada por nuestra

jurisprudencia. Pero fuera de ello el marido podía hacer y deshacer con los bienes sociales.

3.2.2. Ley 10.271 de 2 de abril de 1952

Esta ley establece limitaciones que miran a los siguientes aspectos:

- a. El marido no podía enajenar voluntariamente los bienes raíces sociales.
- b. El marido no podía gravar los bienes raíces sociales.
- c. El marido no podía dar en arrendamiento por más de cinco años un predio social urbano y por más de ocho si el predio era rústico.

Para realizar todos estos actos de enajenación, gravamen, arrendamiento por largo tiempo (cinco u ocho años) necesitaba de la autorización de la mujer o de la justicia en subsidio.

3.2.3. Ley 18.802 de 1988

Antes de la vigencia de esta ley el marido podía fácilmente afianzar obligaciones ajenas y podía constituirse avalista de obligaciones ajenas. Sin embargo fue la crisis económica del año 1982 la que motivó un cambio; por cuanto los deudores dejaron de pagar sus obligaciones especialmente con las instituciones bancarias y éstas hicieron efectivas la responsabilidad del aval, rematándose en definitiva un inmueble social sin ninguna intervención de la mujer.

En consecuencia se restringen las facultades que tiene el marido para administrar la sociedad conyugal.

3.2.4. Situación actual

Si en alguna oportunidad se pudo decir que el marido tenía facultades omnímodas hoy podemos decir que el marido tiene amplias facultades, sujetas a dos limitaciones:

- Las establecidas en las capitulaciones prematrimoniales, por ejemplo que el marido convenga con la mujer que ésta administrará libremente determinados bienes, lo que importa una separación parcial de bienes.
- Limitaciones establecidas en la ley.

Sin embargo, hay algunas situaciones en que, por excepción, la mujer participa en la administración de los bienes sociales y los obliga. Estas son:

- a) Las compras que la mujer haga al fiado de objetos muebles naturalmente destinados al consumo ordinario de la familia, obligan los bienes sociales.(Art. 137 inciso 2°)
- b) En el caso de la administración extraordinaria de la sociedad conyugal. (Art. 138 inciso 1°)
- c) Por el impedimento del marido, que no sea de larga o indefinida duración y de la demora se siguiere perjuicio. La mujer puede intervenir con autorización judicial que deberá darse con conocimiento de causa. (artículo 138 inciso 2°)
- d) Caso de la mujer que actúa por mandato general o especial del marido. La mujer mandataria puede hacerlo en representación del marido o a nombre propio. Si lo hace en representación del marido, obligará únicamente los bienes sociales y los del marido. Sólo obligará sus propios bienes si se probare que el acto cedió en su utilidad personal. Si la mujer mandataria contrata a su propio nombre, regirá lo dispuesto en el artículo 2151 CC, esto es, sólo obliga sus bienes propios (artículos 1750, 1751 CC).

3.3. Administración de los bienes propios de la mujer

Es difícil hoy día explicar de una manera convincente la razón por la cual el marido administra los bienes propios de la mujer, hasta el año 1989 la explicación era perfectamente aceptada. La mujer era una persona relativamente incapaz, el marido era el representante legal y como tal, el marido administraba los bienes de la mujer.

Sin embargo, desde la ley 18.802 la mujer es plenamente capaz y la capacidad se sigue con la atribución de las personas para adquirir bienes, para administrar bienes y para contraer obligaciones.

La ley 18.802 en definitiva fue el resultado de una serie de proyectos y en uno de esos proyectos se decía que “el marido tenía un mandato legal tácito de la mujer”, y ahí estaba por tanto la fundamentación, el marido ya no era representante legal de la mujer, pero era un apoderado en virtud de la voluntad tácita de la mujer. Sin embargo, esto desapareció, no ha habido actas adecuadas del por que desapareció.

La explicación que se da hoy día es la siguiente, el marido administra los bienes sociales, por consiguiente el marido le interesa que se incrementen los bienes sociales, los bienes sociales se acrecientan entre otros rubros por los frutos, productos, lucros de los bienes de la mujer y por lo tanto, el marido debe preocuparse que esos frutos o productos crezcan para que enriquezcan el haber social, por eso se le encarga su administración.

Este fundamento carece de todo aspecto que sirva para justificar la situación que se esta regulando. Hace 30 años la mujer era incapaz y era posible pensar que dejaría los bienes en un estado de ociosidad. Hoy día la mujer sabe administrar los bienes y muchas veces los sabe administrar mucho mejor que el marido.

No cabe la menor duda que esto debiere ser corregido, la administración de los bienes propios de la mujer le corresponde a la mujer, nadie puede convincentemente sostener lo contrario.

3.4. Capacidad de los cónyuges para contratar entre sí

En nuestro país no tenemos una regla general, sin embargo, tenemos casos en que la ley explícita o implícitamente permite la celebración de algunos contratos, así también en otros casos lo prohíbe.

Así por ejemplo, nuestro código acepta que haya mandato entre cónyuges. El Art. 1751 del CC se refiere a obligaciones contraídas por la mujer en virtud de un mandato especial o general del marido.

Por consiguiente está aceptando implícitamente un contrato de mandato entre marido y mujer.

Asimismo en el caso del mal estado de los negocios del marido, la mujer puede pedir la separación judicial de bienes. Ahora, si la mujer pide la separación de bienes por esta causal, el marido se puede oponer rindiendo fianza e hipoteca que garantice suficientemente los intereses de la mujer. Por consiguiente, el código está implícitamente aceptando de que haya una fianza e hipoteca constituida entre el marido y la mujer. Art. 155 inciso final del CC.

En este punto cabe hacer una referencia a la regulación consagrada por el derecho romano en cuanto a las donaciones entre cónyuges.

Al respecto tratándose tanto del matrimonio *con manus*, como del matrimonio *sine manus*, durante la vigencia del vínculo matrimonial, no había lugar a éstas, en atención a que, en el primer caso la mujer carecía de bienes propios y en el segundo caso si bien podía haber lugar a una donación, ésta no tenía eficacia jurídica, porque al negarle validez se quería evitar el aprovechamiento de uno de los cónyuges, que en atención al cariño que envuelve la relación matrimonial convenciera al otro de efectuarle una donación y de esta manera lograra enriquecerse a sus expensas. Sin embargo quedan excluidas de la nulidad, las liberalidades que tienen simplemente por objeto evitar un gasto al otro cónyuge; igualmente son válidas aquellas que tienen por fin facilitar al marido la obtención de honores y distinciones o ayudar a la reconstrucción de la casa destruida o las efectuadas en interés de la casa; asimismo si la donación era hecha durante el matrimonio, pero sus efectos debían producirse a la disolución del mismo eran válidas.

Ahora bien en cuanto a las donaciones hechas antes de la celebración del matrimonio son validas, al igual que las realizadas después de su disolución.

3.5. Patrimonio reservado de la mujer

3.5.1 Breve referencia histórica

Bajo la sola vigencia del CC la mujer casada en el régimen de sociedad conyugal si desempeñaba un trabajo remunerado no tenía capacidad para administrar sus bienes, por consiguiente la remuneración que recibía, el sueldo, el salario u otra forma de contraprestación económica la recibía su marido y si el empleador o patrón no pagaba la remuneración a la mujer, quien tenía que demandar era el marido porque la mujer era una persona relativamente incapaz. Todo lo anterior es a menos que el marido de una manera expresa, tácita o presunta hubiere otorgado una autorización a la mujer.

En seguida en esta época el único régimen de bienes posible era el de sociedad conyugal, en efecto, los cónyuges no podían acordar ningún régimen distinto a la sociedad conyugal y sólo podía haber una separación total de bienes en el caso del desaparecido, cuya muerte presunta estaba en tramitación y en el caso de una separación judicial de bienes en que solamente podía pedir la separación judicial de bienes la mujer y sólo se podía pedir indicando una causal legal y las causales legales eran en síntesis: la insolvencia o la quiebra del marido o el mal estado de los negocios del marido, de manera que el remedio era sin duda tardío, porque se ponía término a la sociedad conyugal cuando el marido era insolvente o era fallido o se encontraba en mal estado sus negocios,

La jurisprudencia actuó con cierta latitud y declaró separación judicial de bienes en muchos casos en que en estricto rigor no se cumplía la causal invocada por la mujer, ocurrió algo parecido en este tópico a lo que ocurrió con la nulidad del matrimonio, en que los tribunales acogían una nulidad de matrimonio por incompetencia del oficial del registro civil, no obstante que en el 99% de los casos el matrimonio se había celebrado ante un oficial del registro civil competente.

El primer atisbo de dar a la mujer facultad de administrar algunos bienes se produce en el año 1907, es decir, 50 años después de la

vigencia del CC y esto consistía en que la mujer podía administrar sus dineros existentes en las libretas de ahorro en la Caja Nacional de ahorro, la que más tarde se fusiona con otros organismo de crédito y forman lo que es el Banco del Estado.

En esa misma época se autoriza a la mujer para comprar viviendas económicas al Consejo Superior de la Habitación.

En 1915 Luis Claro Solar presenta al legislativo un proyecto de ley, proponiendo algo muy parecido a los que más tarde sería el art 150 del CC, el proyecto se tramitó largamente y nunca fue votado.

En 1924 se dictan las leyes del contrato de trabajo de empleados, contrato de trabajo de obreros y leyes sobre seguro social y en este caso se permite que la mujer desempeñe un contrato de empleada o de obrera entregándole facultades para su administración, pero esta facultad que se le daba a la mujer era limitada, sólo se establecía en beneficio de quienes trabajaban en una empresa privada por consiguiente las mujeres empleadas públicas no tenían esta capacidad ; en seguida sólo la tenían las mujeres empleadas u obreras, por consiguiente la comerciante, industrial o profesional carecía de esta capacidad.

En 1925 se dicta el DL 328. Se dice que este decreto ley significó la emancipación de la mujer casada, desde luego se le permitió a la mujer ser testigo, en seguida desde entonces la mujer casada pudo ser tutora o curadora de los hijos comunes y de su marido demente, sordomudo o ausente, después desde entonces le correspondió, a falta del padre, la patria potestad a la madre, hasta entonces esto no era posible y en seguida se crea un patrimonio o peculio profesional de la mujer, pero este decreto ley tiene con respecto al peculio de la mujer casada serios inconvenientes, desde luego, no se le reconocía el derecho para que ella libremente decidiera trabajar o no, en seguida, no establecía un buen régimen probatorio para este patrimonio, de manera que las personas que contrataban con la mujer ante el temor de que más tarde el marido reclamara la nulidad del contrato que celebraban exigían de hecho la comparecencia del marido y en seguida, le daba a la mujer facultades para administrar

los bienes producto de su trabajo pero nada decía con relación a las inversiones que la mujer ejecutaba o a los frutos o productos de esas inversiones o de esas remuneraciones.

En 1934 la Ley 5521, la que tiene por objeto corregir las deficiencias del DL 328 y por consiguiente se reglamenta de nuevo este patrimonio profesional de la mujer casada.

En 1989 la ley 18802 modifica el Art.150 CC en lo esencial. Hasta esa época el marido no podía prohibirle a la mujer trabajar pero le podía pedir al juez que éste le prohibiera trabajar, el Art. 150 CC no decía cuáles eran los motivos para pedirle al juez la prohibición de trabajar, la jurisprudencia se había más o menos uniformado que estas causales eran: o motivos de orden moral, o sea, que el trabajo fuera no ético o bien, que el trabajo de la mujer significara descuidar sus labores propias dentro del hogar familiar.

3.5.2 Situación actual

Hoy día la mujer es libre para ejercer cualquier profesión, oficio, o empleo, dando lugar al patrimonio reservado de la mujer casada, regulado en el art. 150 del Código Civil, compuesto por todos aquellos bienes que ella obtiene como producto de su trabajo remunerado ejecutado separado del de su marido durante la vigencia de la sociedad conyugal y de las inversiones y frutos de los mismos.

En el derecho romano, en cambio, cuando el matrimonio se realiza adquiriendo el marido la *manus* sobre la mujer, ésta no tiene ninguna capacidad patrimonial, por lo tanto si la mujer era *sui iuris*, todo lo que tenía pasaba automáticamente al marido (régimen de absorción de bienes). Lo mismo sucedía en el caso de que la mujer estuviera sometida a la *patria potestas* de su *pater* y cambiaba a la *manus* del marido, cualquier aportación que se realizara al matrimonio tenía que pasar forzosamente a propiedad del marido. Recordemos por otra parte, que a diferencia de lo que ocurre en nuestro sistema actual, la mujer al ingresar a la *manus* de su marido

en la familia romana, perdía sus derechos sucesorios respecto de su familia de origen, y adquiría el derecho de suceder en la familia del marido, donde no sucedía como cónyuge sino como hija. Situación que difiere radicalmente con la regulación actual de nuestro derecho sucesorio, por cuanto la mujer casada no sólo conserva sus derechos hereditarios de su familia de origen sino que además en virtud de la ley 19.585 ella es heredera y legitimaria de su cónyuge.

Al final de la República y durante el Imperio la situación fue cambiando y evolucionando a una situación más semejante a la nuestra. El matrimonio *cum manu* dio paso al matrimonio *sine manu*, en el cual la mujer continuaba perteneciendo a su original familia, bajo la *potestas* de su padre o de un tutor legítimo, y conservaba los bienes y derechos hereditarios de su familia de origen. La esposa era libre así de adquirir bienes personales y de administrarlos a su gusto. Situación que para algunos autores podría ser equiparada a la separación de bienes que consagra nuestro CC.

4. Los hijos y la patria potestad

4.1. Generalidades sobre la filiación

En términos generales, el Diccionario de la Real Academia define la filiación como la “*procedencia de los hijos respecto de los padres*”. Se trata de la relación biológica que une al procreado con sus procreadores. Es tanto un hecho natural como una realidad reconocida y regulada por el Derecho, que presupone la determinación de la paternidad o maternidad²³⁸.

- Los efectos de la filiación abarcan dos aspectos:

1º La persona de los hijos: estos efectos se englobaban por la doctrina bajo el nombre genérico de “*autoridad paterna*”. Hoy, debiéramos reemplazar la expresión por otra que responda mejor al hecho de ejercer conjuntamente el padre y la madre autoridad sobre el hijo. Proponemos al efecto la de “*autoridad parental*”, porque así

²³⁸ VALETTA, María Laura, *Diccionario Jurídico*⁵ (Buenos Aires 2007) p. 384.

englobamos la autoridad que tanto el padre como la madre ejercen sobre la persona del hijo.

2º Los bienes de los hijos: estos efectos se denominan por la ley "*patria potestad*".

4.2. De la patria potestad

La patria potestad proviene del término romano "*patria potestas*", el poder de autoridad paterna. "La patria potestad era en el derecho primitivo la autoridad del padre sobre la persona y bienes del hijo. La autoridad del *pater familias* se ejercía sin restricciones"²³⁹.

Nuestro CC la define en su Art. 243 como "el conjunto de derechos y deberes que corresponden al padre o la madre sobre los bienes de sus hijos no emancipados".

Bello, en materia de patria potestad, se separó de lo que era la tendencia universal -incluir en ella tanto lo relativo a la persona como a los bienes del hijo- y la limita únicamente a los bienes. En seguida, quita a la mujer toda ingerencia en esta materia. Sigue la tendencia romanista y del derecho español antiguo que consideraban la patria potestad como una prerrogativa exclusiva del padre. Varios años después con el D.L. 328 de 1925 y con la Ley 5.521, de 1934, se vino a reparar esta situación, admitiendo la patria potestad de la madre a falta del padre legítimo. Posteriormente la Ley 18.802, otorga a la mujer a quien judicialmente se le confiera el cuidado de un hijo legítimo, el derecho a pedir su patria potestad (Art. 240 inc. penúltimo, anterior a la reforma de la ley N° 19.585).

Termina esta evolución con la ley N° 19.585 que da al artículo 244 del Código Civil el siguiente texto "la patria potestad será ejercida por el padre o la madre o ambos conjuntamente, según convengan en acuerdo suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil..."

Si los padres viven juntos, por acuerdo entre ellos suscrito por escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, que se subinscribirá al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los 30 días siguientes a su otorgamiento, podrán estipular que la patria potestad sea ejercida por el padre, por la

²³⁹ ABELIUK MANASEVICH, René, *La Filiación y sus efectos*, (Santiago, 2000), I, p. 433.

madre o por ambos, conjuntamente. Si por el contrario, no existe acuerdo entre los padres: al padre toca el ejercicio de la patria potestad (Art. 244 CC).

Las hipótesis anteriores pueden variar, por resolución judicial. En efecto, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, a petición de uno de los padres, el juez podrá confiar el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que carecía de él, o radicarlo en uno solo de los padres, si la ejercieren conjuntamente. Ejecutoriada la resolución, se subinscribirá dentro del mismo plazo de 30 días, precedentemente indicado (Art. 244, 3º CC).

En defecto del padre o madre que tuviere la patria potestad, los derechos y deberes corresponderán al otro de los padres (Art. 244, último inciso del CC).

En cambio, si los padres viven separados, la patria potestad será ejercida por aquel que tenga a su cargo el cuidado personal del hijo; en consecuencia, en principio tocará a la madre el ejercicio de la patria potestad, sin perjuicio que ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que la patria potestad sobre uno o más hijos corresponda al padre. También podrá recurrirse al juez, para que mediante resolución fundada en el interés del hijo, atribuya al otro padre la patria potestad. Se aplicará al acuerdo o a la sentencia judicial, la exigencia de subinscribir en el mencionado plazo de 30 días (Art. 245, 2º CC).

A diferencia de lo expuesto anteriormente, en la familia romana la *patria potestas* era ejercida de manera exclusiva por el *paterfamilias*, haciendo la salvedad, que la *patria potestas* se extendía sobre los descendientes legítimos de los varones, lo que demuestra la amplitud de la concepción romana de la familia y de las relaciones que emanan de ella.

4.3. Duración y efectos de la patria potestad

Comienza la patria potestad al nacer el hijo (sin perjuicio de que permite cautelar los derechos deferidos al hijo que está por nacer) y termina con su emancipación.

La patria potestad se ejerce sobre los bienes del hijo. Para ello, se otorga al padre o a la madre o a los dos de consuno, las siguientes facultades:

- un derecho legal de goce sobre los bienes del hijo, que es un derecho personalísimo que consiste en la facultad de usar los bienes del hijo y percibir sus frutos, con cargo de conservar la forma y sustancia de dichos bienes y de restituirlos, si no son fungibles; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si son fungibles (Art. 252 CC).
- un derecho para administrar los bienes del hijo, pues según señala la ley, el que ejerza el derecho legal de goce sobre los bienes del hijo tendrá también su administración. Por regla general, entonces, corresponde al padre o madre la administración de todos los bienes del hijo, en los mismos casos en que le corresponde el derecho legal de goce sobre dichos bienes.; y
- la representación legal del hijo; si el hijo es absolutamente incapaz, no puede actuar por sí mismo; su padre o madre que ejerza la patria potestad lo representa para todos sus negocios jurídicos. El hijo menor adulto, en cambio, es relativamente incapaz y sí puede ser titular de peculio profesional o industrial, pudiendo actuar de tres formas en consecuencia:
 - * Representado por su padre o madre que lo tenga bajo su patria potestad, o por el curador adjunto, en su caso;
 - * Personalmente, pero autorizado por su padre o madre que lo tenga bajo su patria potestad, o por el curador adjunto, en su caso;
 - * Personalmente, sin requerir por regla general de autorización de terceros, cuando actúa en ejercicio de su patrimonio profesional o industrial, o para ciertos actos jurídicos, como el otorgamiento de testamento, reconocimiento de un hijo, etc.

A diferencia de lo anterior, las facultades del *pater familias* sobre el hijo eran más extensas, por cuanto no se restringía sólo a los bienes sino que también incluía a la persona del hijo teniendo facultades de venta, de vida y muerte, etc.

4.4. Bienes exceptuados del derecho legal de goce del padre o madre

1) Los bienes que conforman el peculio profesional o industrial del hijo (Art. 250 N° 1 CC). Son tales todos los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, oficio, profesión o industria. Establece el artículo 251 CC que el hijo se mirará como mayor de edad para la administración y goce de su peculio profesional o industrial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 254 CC, que exige autorización judicial cuando se trata de la enajenación o gravamen de bienes raíces.

Debe tenerse presente que el peculio profesional o industrial sólo corresponde al menor adulto, pues el impúber, siendo absolutamente incapaz, no puede ejecutar ninguna actividad remunerada. En todo caso, dispone el Art. 439 CC que el menor que está bajo curaduría tendrá las mismas facultades administrativas que el hijo sujeto a patria potestad, respecto de los bienes adquiridos por él en el ejercicio de un empleo, oficio, profesión o industria. Ambos pueden ser titulares, por ende, de peculio profesional o industrial.

A diferencia de lo que acontece con el patrimonio reservado de la mujer casada en sociedad conyugal, la ley no exige que la actividad productiva realizada por el menor sea separada de la de su padre o madre que ejerza la patria potestad.

2) Los bienes adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador ha estipulado que no tenga el goce o la administración quien ejerza la patria potestad; ha impuesto la condición de obtener la emancipación; o ha dispuesto expresamente que tenga el goce de estos bienes el hijo (Art. 250 N° 2 CC).

3) Las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad, indignidad o desheredamiento del padre o madre que tiene la patria potestad (Art. 250 N° 3 CC).

En los tres casos contemplados en el artículo 250, el derecho legal de goce y la administración corresponderán al hijo o al otro padre, en conformidad con los artículos 251 y 253. Si ambos padres

estuvieren impedidos de ejercer el derecho legal de goce, la propiedad plena pertenecerá al hijo y se le dará un curador para la administración.

4.5. Casos en que el hijo menor adulto puede actuar válidamente por sí solo

1) Cuando se trata de actos realizados dentro de su peculio profesional o industrial: la ley considera al hijo como mayor de edad y por ende como plenamente capaz.

Con todo, hay dos contra-excepciones, que por ende nos devuelven a la regla general:

* No podrá enajenar o gravar los bienes raíces pertenecientes a su peculio profesional o industrial (y con mayor razón los que no pertenezcan a dicho peculio), sin autorización judicial (Art. 254 CC).

* No podrá tomar dinero a interés ni comprar al fiado (excepto en el giro ordinario de dicho peculio) sin autorización escrita del padre o madre que lo tenga bajo su patria potestad, o del curador adjunto, en su caso. Y si lo hiciere, no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos.

En todo caso, los actos y contratos del hijo, en ejercicio de su patrimonio profesional o industrial, le obligarán exclusivamente en dichos peculios. Dicho de otro modo, estamos ante una hipótesis de responsabilidad limitada o "*patrimonio fraccionado*", al decir de algunos.

2) Otorgamiento de testamento: dispone el artículo 262 CC que el menor adulto no necesita de la autorización de sus padres para disponer de sus bienes por acto testamentario que haya de tener efecto después de su muerte.

3) Reconocimiento de hijos: de conformidad al artículo 262 CC, el menor adulto tampoco requiere de autorización alguna para reconocer hijos. El reconocimiento puede abarcar tanto la filiación matrimonial como la no matrimonial.

4) Demandar el divorcio o la nulidad de matrimonio: el artículo 58 de la Ley de Matrimonio Civil, dispone que el cónyuge menor de edad es hábil para ejercer por sí mismo la acción de divorcio, sin perjuicio de su derecho a actuar por intermedio de representantes. La misma

regla se establece en el artículo 46 de la Ley de Matrimonio Civil, respecto a la nulidad del matrimonio.

5) Para actuar como mandatario: artículo 2128 del Código Civil.

6) Para actuar como depositario, en el caso del depósito necesario: artículo 2238 del Código Civil.

Sobre este punto, cabe recordar la institución romana de los peculios, la que si bien en sus orígenes fue más bien restringida, evolucionó hasta concederle capacidad de goce al hijo, pudiendo adquirir patrimonio activo.

CONCLUSIÓN:

Como hemos podido determinar en nuestro análisis, el concepto de la familia en los orígenes de Roma era muy distinto al nuestro. En efecto, para los romanos la familia era un grupo de personas sometidas a la autoridad de un jefe o *pater familias*; éste detenta la calidad de *Sui iuris*, mientras que el resto de los integrantes de la familia asumen la condición de *alieni iuris*. Sin embargo, esta institución no se mantuvo inalterada sino que fue evolucionando y ya en época de Justiniano se acercó a nuestro concepto actual.

No obstante lo anterior, difieren diametralmente en cuanto a que nuestro concepto actual de familia es nuclear, comprendiéndose para los efectos de capacidad, potestades y efectos, fundamentalmente a los padres y los hijos. Tratándose de la familia romana, la figura central era la del *pater*, extendiéndose sus facultades a un mayor número de integrantes.

A través del presente trabajo, hemos pretendido abordar el tema de la situación jurídica de los *alieni iuris*, donde hemos podido determinar que alrededor de la figura del *pater* se encuentran los integrantes de la familia, ya analizados, sujetos a su absoluta potestad; y que si bien en un principio, los *alieni iuris*, se presentan con casi nulas facultades para actuar (y por ende, carentes de capacidad), a través de la evolución del derecho romano se puede advertir que se les fueron reconociendo atribuciones y facultades; pudiendo llegar a concluir que pasaron a ser reconocidos como sujetos de derechos; haciendo el alcance respecto de los esclavos, que si bien éstos nunca llegaron a ser considerados como sujetos de derechos, se les concedió un cierto nivel de personalidad que les permitió actuar de una manera más limitada.

De tal manera que si bien en un principio la condición jurídica y por tanto la situación de los *Alieni iuris* aparece más bien restringida, fue mejorando con el devenir del derecho romano; sin que esto significara una total asimilación a la calidad de las personas *sui iuris*.

Finalmente, pudimos percatarnos que al efectuar un examen comparativo con el derecho actual, el Derecho Romano fue sin duda el punto de partida de numerosas instituciones que subsisten hasta hoy, lo cual no obsta al avance del derecho en cada materia respectiva. Precisamente resulta impensable para nuestros tiempos, encontrarnos con personas tales como las *alieni iuris*, esto es, personas que en los orígenes del derecho carecían de capacidad de goce, pues hoy tan solo basta ser persona para detentar tal calidad.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES:

1. Código Civil Chileno.
2. DIGESTO.
3. GAIUS, *Institutas*, la Plata, librería jurídica, 1975.

LITERATURA:

1. ABELIUK MANASEVICH, René, *La Filiación y sus efectos*, Vol. 1, Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2000.
2. ARANGIO RUIZ, Vincenzo. *Instituciones de derecho romano*. 10ª. ed., Buenos Aires: editorial Depalma, 1986.
3. ARIAS RAMOS, José. *Derecho romano*. 2 Vols. 9ª. ed., Madrid: Revista de Derecho Romano, 1963.
4. BONFANTE, Pietro. *Instituciones de derecho romano*. 2ª. ed., Madrid: Instituto editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, 1959.
5. D'Ors, Álvaro. *Elementos de derecho privado romano*. Pamplona: editorial Gómez, 1960.
6. GUZMAN BRITO, Alejandro. *Derecho Privado Romano*. Vol. 1 Santiago: editorial Jurídica de Chile, 1996.
7. HANISCH ESPÍNDOLA, Hugo, *Derecho Romano: personas y derecho de familia*. Santiago, 1985.
8. IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. 5a. ed., Barcelona: Ariel, 1965.
9. KASER, Max, *Derecho romano privado*. 2a.ed., Madrid: editorial Reus, 1982.
10. LAZO, Santiago. *Curso de derecho romano en su desarrollo histórico*. 2ª. ed., Santiago: Imprenta Cervantes, 1912.
11. LEON HURTADO, Avelino, *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos*. 3ªed., Santiago: editorial jurídica de Chile, 1990.
12. MAYNZ, Carlos. *Curso de derecho romano*. Vol. 3, 2ª. ed., Buenos Aires: Marcelino Bordoy, 1913.
13. MIQUEL, Joan, *Derecho privado romano*. Madrid: Marcial Pons, 1992.
14. ORTALAN, M. *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*. Vol. 1, Madrid: Hijos de Leocadio Lopez, 1912.
15. SAMPER POLO, Francisco. *Derecho romano*. 1a. ed., Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2003.
16. SERAFINI, Felipe, *Instituciones de derecho Romano*. Vol. 2, Barcelona: Hijos de J. Espasa, 1927.

17. SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*. Barcelona: Bosch 1960.
18. SOHM, Rodolfo. *Historia e instituciones del derecho privado romano*. Madrid: La España Moderna, s.f.
19. TOPASIO FERRETTI, Aldo. *Derecho romano*. 1ª ed. Valparaíso: Editora Latinoclásica, 1992.
20. VALETTA, María Laura, *Diccionario Jurídico*. 5ª ed., Buenos Aires: Valetta Ediciones, 2007.

LITERATURA ELECTRONICA:

1. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe. *Origen de los poderes del paterfamilias, II; el paterfamilias y la manus*. En revista de estudios histórico-jurídicos. N°.29, Valparaíso 2007, [en línea]. Disponible en: <http://goo.gl/RvRgZ>
2. DOMINGUEZ AGUDO, María Isabel, *Estudio léxico de “iura y leges” en el derecho romano vulgar occidental*, (tesis de doctorado – universidad Complutense de Madrid), Madrid 2003, [en línea]. Disponible en: <http://eprints.ucm.es/tesis/fil/ucm-t26668.pdf>.
3. GAMBOA IRIBARREN, Blanca, *Mujer y sucesión hereditaria en Roma*. País Vasco 2008, [en línea]. Disponible en: <http://goo.gl/tj95m> .
4. GARCIA GARRIDO, Manuel Jesús, *Diccionario de jurisprudencia romana*. Madrid 2000, [en línea]. Disponible en: <http://goo.gl/t81cc>